



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA
"TOR VERGATA"**

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN
AUTONOMIA INDIVIDUALE E AUTONOMIA COLLETTIVA

CICLO XXI

**LA DISCIPLINA DEI LICENZIAMENTI IN ITALIA E NEL DIRITTO
COMPARATO: UNA PROPOSTA PER IL DIRITTO DEL LAVORO IN
BRASILE**

Lorena Vasconcelos Porto

Docente Guida: Prof. Dott. Giancarlo Perone

Coordinatore: Prof. Dott. Paolo Papanti Pelletier

Roma
2008

Lorena Vasconcelos Porto

**LA DISCIPLINA DEI LICENZIAMENTI IN
ITALIA E NEL DIRITTO COMPARATO: UNA
PROPOSTA PER IL DIRITTO DEL LAVORO IN
BRASILE**

Tesi di Dottorato presentata alla Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”, come requisito parziale per ottenere il titolo di Dottore in Diritto.

Docente Guida: Prof. Dott. Giancarlo Perone

Roma

2008

Dedico este trabalho à minha família - aos meus pais, Licínio e Miriam, aos meus irmãos, Cynthia e Rafael -, ao meu querido Marcos, ao Gustavo e à Capitu, por todo o apoio, incentivo e carinho que sempre me deram.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, de forma especial, ao Prof. Giancarlo Perone pelo apoio constante e pela orientação, valiosa e imprescindível, deste trabalho.

Agradeço também ao Prof. Márcio Túlio Viana, por ter despertado em mim a paixão pelo estudo do Direito do Trabalho e por ter sempre me ajudado e orientado em minhas pesquisas.

Agradeço, ainda, aos funcionários das Bibliotecas Central e do Departamento de Direito e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Roma “Tor Vergata”, da Biblioteca da Corte de Cassação e da Biblioteca da Câmara dos Deputados, pelo auxílio imprescindível para as minhas pesquisas na Itália, e a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para a realização deste trabalho.

“Um homem precisa viajar. Por sua conta, não por meio de histórias, imagens, livros ou TV. Precisa viajar por si, com seus olhos e pés, para entender o que é seu. Para um dia plantar as suas próprias árvores e dar-lhes valor. Conhecer o frio para desfrutar do calor. E o oposto. Sentir a distância e o desabrigo para estar bem sob o próprio teto. Um homem precisa viajar para lugares que não conhece para quebrar essa arrogância que nos faz ver o mundo como o imaginamos, e não simplesmente como é ou pode ser. Que nos faz professores e doutores do que não vimos, quando deveríamos ser alunos, e simplesmente ir ver. (...) É preciso questionar o que se aprendeu. É preciso ir tocá-lo” (Amyr Klink, *Mar sem fim: 360° ao redor da Antártica*)

RESUMO

O presente trabalho visa ao estudo da proteção da relação de emprego contra a dispensa imotivada, no Direito brasileiro, no Direito internacional (no âmbito da Organização Internacional do Trabalho - OIT), no Direito da União Européia e no Direito comparado. Primeiramente, analisamos a evolução histórica do trabalho humano, do comunismo primitivo ao capitalismo, para mostrar como a relação entre o trabalhador e o tomador de serviços, proprietário dos meios de produção, foi instituída e se modificou, notadamente quanto à liberdade do primeiro em dela se desvincular, afirmada apenas com o capitalismo. No âmbito deste, analisamos a evolução do modelo liberal – que assegura ao empregador a ampla liberdade de dispensar o trabalhador – ao modelo social, em que este é protegido contra a dispensa imotivada. Analisamos então a evolução histórico-jurídica dessa proteção no Direito brasileiro, até chegarmos ao modelo consagrado pela Constituição Federal de 1988, que busca conciliar os direitos do trabalhador e os interesses da empresa. Examinamos então a Convenção n. 158 da OIT, que ingressou no Direito brasileiro em 1992 e assegura uma proteção semelhante à da Carta Magna. Demonstramos a sua hierarquia constitucional, por tutelar direitos humanos, e a inconstitucionalidade da sua denúncia em 1996, a qual está sendo atualmente julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Em seguida, estudamos essa proteção nos Direitos da União Européia e de onze países: Itália (principalmente), Alemanha, França, Espanha, Portugal, Suécia, Dinamarca, Finlândia, Inglaterra, Estados Unidos e Japão. A escolha destes se baseou no fato de assegurarem, notadamente pela lei, mas também pela contratação coletiva e pela jurisprudência, um eficiente sistema protetivo contra a dispensa imotivada. Em seguida, propomos um modelo de proteção contra as dispensas, individuais e coletivas, no Brasil, a partir das normas da Constituição Federal de 1988, da Convenção n. 158 da OIT e da legislação infraconstitucional brasileira, e considerando os preceitos do Direito comunitário e dos Direitos estrangeiros, notadamente o italiano, e da Recomendação n. 166 da OIT. Por fim, discutimos eventuais problemas que poderão surgir com a instituição desse modelo, relacionados à sua eficácia e aos seus possíveis efeitos no desenvolvimento da economia brasileira. Analisamos também alguns meios úteis para propiciar a efetividade dos direitos trabalhistas, como as cláusulas sociais, a responsabilidade social da empresa, a formação de blocos regionais, o sindicalismo internacional e a organização da sociedade civil. O estudo da proteção contra a dispensa imotivada é feito sob o entendimento de que ela é de fundamental importância para a garantia do direito ao trabalho e da eficácia de todos os demais direitos trabalhistas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho; Relação de emprego; Proteção; Dispensa individual; Dispensa coletiva; Brasil; Itália; OIT; União Européia; Direito comparado.

RIASSUNTO

Lo scopo della presente tesi è lo studio della tutela del rapporto di lavoro contro il licenziamento ingiustificato, nel Diritto brasiliano, nel Diritto internazionale (Organizzazione Internazionale del Lavoro - OIL), nel Diritto dell'Unione Europea e nel Diritto comparato. Innanzitutto, studio l'evoluzione storica del lavoro umano, dal comunismo primitivo al capitalismo, per mostrare come si è formato ed è cambiato il rapporto tra il lavoratore ed il suo padrone, proprietario dei mezzi di produzione, soprattutto riguardo la possibilità del lavoratore di svincolarsi dal rapporto, garantita soltanto nel capitalismo. Nell'ambito di questo, esamino l'evoluzione dal modello liberale – che garantisce al datore di lavoro un'ampia libertà di licenziare – al modello sociale, nel quale il lavoratore viene tutelato contro il licenziamento ingiustificato. Analizzo dunque l'evoluzione storico-giuridica di questa tutela nel Diritto brasiliano, fino ad arrivare al modello previsto dalla Costituzione Federale del 1988, che cerca di conciliare i diritti del lavoratore e gli interessi aziendali. Prendo allora in esame la Convenzione n. 158 dell'OIL, incorporata al Diritto brasiliano nel 1992 e che garantisce una tutela simile a quella costituzionale. Evidenzio la sua gerarchia costituzionale, poiché tutela diritti umani, e la incostituzionalità della sua denuncia nel 1996, la quale sta ora in esame dalla Suprema Corte brasiliana. In seguito studio la tutela in questione nel Diritto comunitario e nel Diritto di undici Paesi: Italia (soprattutto), Germania, Francia, Spagna, Portogallo, Svezia, Danimarca, Finlandia, Inghilterra, Stati Uniti e Giappone. La loro scelta si basa sul fatto che questi Paesi garantiscono, soprattutto tramite la legge, ma anche attraverso la contrattazione collettiva e la giurisprudenza, un efficiente sistema protettivo contro il licenziamento ingiustificato. In seguito, propongo un modello di tutela contro i licenziamenti individuali e collettivi in Brasile, a partire dalle norme della Costituzione del 1988, della Convenzione n. 158 dell'OIL e delle leggi brasiliane, tenendo in conto le norme del Diritto comunitario e dei Diritti stranieri, specialmente quello italiano, e della Raccomandazione n. 166 dell'OIL. Finalmente, discuto eventuali problemi che possono avvenire a partire dell'istituzione di questo modello, riguardanti la sua efficacia ed i suoi possibili effetti sullo sviluppo dell'economia brasiliana. Discuto anche alcuni mezzi utili per garantire l'effettività dei diritti dei lavoratori, come le clausole sociali, la responsabilità sociale dell'imprenditore, la formazione di blocchi regionali, il sindacalismo internazionale e l'organizzazione della società civile. Lo studio della tutela contro il licenziamento ingiustificato viene basato sulla prospettiva della sua fondamentale importanza per garantire il diritto al lavoro e l'efficacia di tutti gli altri diritti dei lavoratori.

PAROLE-CHIAVE: Diritto del Lavoro; Rapporto di lavoro dipendente; Protezione; Licenziamento individuale; Licenziamento collettivo; Brasile; Italia; OIL; Unione Europea; Diritto comparato.

ABSTRACT

This thesis aims to study the protection against unjustified termination of employment contract, in Brazilian, international (International Labour Organization - ILO), European Union's and comparative law. Firstly, we discuss the human labor's historical evolution from the primitive communism until the capitalism, to show how the relationship between the worker and the service recipient (means of production's owner) was created and has changed, mainly when it comes to the worker's freedom to rid himself of this relationship, affirmed only in the capitalism. In the capitalist system, we analyze the evolution from the liberal model – that ensures the employer's wide freedom to dismiss the worker – to the social model, in which the worker is protected against unjustified dismissal. Then we study this protection's historical evolution in Brazilian law until the Federal Constitution of 1988's protection model, which aims to balance the worker's rights with the enterprise's interests. So we analyze the ILO Convention n. 158, that was incorporated into Brazilian law in 1992 and ensures a protection similar to the Constitution's one. We demonstrate its constitutional level, since it protects human rights, and the unconstitutionality of its denunciation in 1996, which is being judged by Brazilian Supreme Court nowadays. After that, we study this protection in European Union's and eleven countries' laws: Italy (mainly), Germany, France, Spain, Portugal, Sweden, Denmark, Finland, England, United States and Japan. Their choice was based on the fact that they ensure, mostly by law, but also by collective agreements and Court decisions, an efficient protection system against unjustified dismissal. Then we propose a protection model against individual and collective dismissals in Brazil, based on the rules of Federal Constitution of 1988, ILO Convention n. 158 and Brazilian laws, and taking into account the European Union's and the eleven countries' laws, mainly the Italian one, and ILO Recommendation n. 166. Finally, we discuss some problems that might happen due to this model's institution, related to its effectiveness and its possible effects on Brazil's economic development. We also analyze some useful means to make labor standards effective, such as social clauses, corporate responsibility, regional organizations, global trade unionism and civil society's organizations. This study is based on the understanding that protection against unjustified dismissal is fundamentally important to guarantee the right to work and the effectiveness of all other labor rights.

KEYWORDS: Labor law; Employment relationship; Protection; Individual dismissal; Collective dismissal; Brazil; Italy; ILO; European Union; Comparative law.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 17 |
| 1 O TRABALHO HUMANO NA HISTÓRIA | 20 |
| 1.1 ESCRAVISMO | 20 |
| 1.2 FEUDALISMO | 22 |
| 1.3 CAPITALISMO | 24 |
| 1.3.1 O liberalismo e a desigualdade fática | 24 |
| 1.3.2 O surgimento do Direito do Trabalho | 26 |
| 1.3.3 A evolução histórica da disciplina jurídica da dispensa no contrato de trabalho | 28 |
| 1.3.3.1 A dispensa na obra de Ludovico Barassi | 29 |
| 1.3.3.2 Do modelo clássico à idéia de proteção contra a dispensa imotivada | 33 |
| 2 A PROTEÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO NO BRASIL | 35 |
| 2.1 A ESTABILIDADE NO EMPREGO | 35 |
| 2.1.1 Considerações iniciais | 35 |
| 2.1.2 Histórico da legislação brasileira sobre a estabilidade no emprego | 36 |
| 2.1.3 O sistema instituído pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) | 37 |
| 2.1.4 As críticas dirigidas ao modelo da estabilidade celetista | 41 |
| 2.2 A INSTITUIÇÃO DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO (FGTS) | 43 |
| 2.2.1 O sistema introduzido pelo FGTS | 43 |
| 2.2.2 A falácia da opção | 44 |
| 2.2.3 As supostas vantagens trazidas pelo sistema fundiário | 45 |
| 2.2.4 As conseqüências advindas da instituição do FGTS | 47 |

| | |
|--|-----|
| 2.2.5 A violação aos princípios do Direito do Trabalho | 49 |
| 2.3 AS DISPENSAS COLETIVAS | 55 |
| 2.4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 | 58 |
| 2.4.1 A busca pela conciliação entre o trabalho e o capital | 58 |
| 2.4.2 A proteção à relação de emprego prevista no art. 7º, I, da Constituição | 62 |
| 2.4.3 O significado do preceito contido no art. 7º, I, da Constituição | 64 |
| 2.4.4 A referência à lei complementar feita pelo art. 7º, I, da Constituição | 68 |
| 2.5 A CONVENÇÃO N. 158 DA OIT | 69 |
| 2.5.1 Considerações iniciais | 69 |
| 2.5.2 Âmbito de abrangência | 70 |
| 2.5.3 Análise dos dispositivos da Convenção n. 158 | 71 |
| 2.5.4 Argüição da inconstitucionalidade da Convenção n. 158 | 79 |
| 2.5.5 Análise dos argumentos contrários à constitucionalidade da Convenção n. 158 | 80 |
| 2.5.6 A hierarquia constitucional da Convenção n. 158 | 82 |
| 2.5.7 A invalidade da denúncia da Convenção n. 158 | 90 |
| 2.5.8 Os tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional n. 45/2004 | 97 |
| | |
| 3 A PROTEÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO NO DIREITO COMUNITÁRIO (UNIÃO EUROPEIA) | 108 |
| | |
| 4 A PROTEÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO NO DIREITO COMPARADO | 116 |
| | |
| 4.1 ITÁLIA | 116 |
| 4.1.1 Antecedentes históricos | 116 |
| 4.1.2 Análise da disciplina legal atualmente em vigor | 123 |
| 4.1.2.1 Hipóteses sob a égide do art. 2118 do Código Civil de 1942: possibilidade de dispensa imotivada | 124 |

| | |
|--|------------|
| 4.1.2.2 Hipóteses de limitações temporárias à dispensa..... | 129 |
| 4.1.2.3 Necessidade de motivação: justa causa ou justificado motivo..... | 130 |
| 4.1.2.3.1 Conceito de justa causa | 131 |
| 4.1.2.3.2 Conceito de justificado motivo..... | 133 |
| 4.1.2.3.2.1 O justificado motivo subjetivo..... | 133 |
| 4.1.2.3.2.2 O justificado motivo objetivo | 134 |
| 4.1.2.4 Conseqüências advindas da dispensa efetuada de forma imotivada | 138 |
| 4.1.2.4.1 Regime da tutela obrigatória | 139 |
| 4.1.2.4.1.1 Abrangência | 139 |
| 4.1.2.4.1.2 Efeitos legais da dispensa imotivada..... | 140 |
| 4.1.2.4.2 Regime da tutela real ou forte..... | 141 |
| 4.1.2.4.2.1 Abrangência..... | 141 |
| 4.1.2.4.2.2 Empregados públicos | 144 |
| 4.1.2.4.2.3 Efeitos legais da dispensa imotivada..... | 144 |
| 4.1.2.4.2.4 A importância da tutela real..... | 155 |
| 4.1.2.5 O impedimento do curso do prazo prescricional..... | 159 |
| 4.1.2.6 As proibições legais à dispensa..... | 161 |
| 4.1.2.6.1 A dispensa discriminatória..... | 161 |
| 4.1.2.6.2 Dispensa por motivo ilícito ou em fraude à lei | 164 |
| 4.1.2.7 Desobediência às formalidades necessárias para a realização das dispensas ... | 165 |
| 4.1.2.8 Impugnação da dispensa pelo empregado..... | 168 |
| 4.1.2.9 Dispensas coletivas | 169 |
| 4.1.2.9.1 Caracterização..... | 169 |
| 4.1.2.9.2 Procedimento..... | 173 |
| 4.1.2.9.3 A Caixa de Integração Salarial..... | 178 |
| 4.1.2.9.4 A gestão do excesso de pessoal na Administração Pública..... | 181 |

| | |
|---|-----|
| 4.1.2.10 Indenização de antiguidade e Fundo de Garantia..... | 183 |
| 4.1.2.11 Garantias trabalhistas <i>versus</i> flexibilização: algumas considerações sobre a reforma implementada pelo DL n. 276/2003 e a parassubordinação..... | 185 |
| 4.2 ALEMANHA..... | 198 |
| 4.2.1 Introdução..... | 198 |
| 4.2.2 Aviso-prévio | 199 |
| 4.2.3 Dispensa extraordinária e ordinária | 199 |
| 4.2.4 Dispensa coletiva | 203 |
| 4.2.5 Reintegração <i>versus</i> indenização..... | 204 |
| 4.2.6 A tutela mínima contra a dispensa | 205 |
| 4.2.7 A tutela especial contra a dispensa | 206 |
| 4.2.8 A importância da proteção contra a dispensa | 207 |
| 4.3 FRANÇA..... | 208 |
| 4.3.1 A disciplina geral das dispensas..... | 208 |
| 4.3.2 Dispensa por motivo pessoal | 210 |
| 4.3.3 Dispensa por motivo econômico..... | 211 |
| 4.3.4 Dispensa coletiva | 213 |
| 4.3.5 A situação especial dos altos empregados (“cadres”) | 219 |
| 4.3.6 A tentativa de se instituir o Contrato de Primeiro Emprego (CPE) | 220 |
| 4.3.6.1 A disciplina prevista para o CPE..... | 220 |
| 4.3.6.2 O desemprego entre os jovens na França..... | 221 |
| 4.3.6.3 A oposição dos sindicatos, trabalhadores e estudantes ao CPE..... | 222 |
| 4.3.6.4 O CNE: o “irmão” do CPE para as pequenas e médias empresas | 223 |
| 4.3.6.5 Flexibilização trabalhista e desemprego: análise crítica..... | 226 |
| 4.4 ESPANHA | 228 |
| 4.4.1 Considerações gerais..... | 228 |

| | |
|--|------------|
| 4.4.2 A disciplina aplicável às relações de trabalho especiais..... | 229 |
| 4.4.3 Dispensa por justa causa..... | 230 |
| 4.4.3.1 A definição de justa causa..... | 230 |
| 4.4.3.2 Formalidades e procedimento exigidos | 231 |
| 4.4.3.3 Ação judicial e sanções..... | 232 |
| 4.4.4 Dispensa por circunstâncias objetivas..... | 233 |
| 4.4.4.1 Causas objetivas | 233 |
| 4.4.4.2 Formalidades e procedimento exigidos | 236 |
| 4.4.4.3 Ação judicial e sanções..... | 236 |
| 4.4.5 Dispensa coletiva | 237 |
| 4.4.5.1 Conceito..... | 237 |
| 4.4.5.2 Formalidades e procedimento exigidos | 237 |
| 4.5 PORTUGAL | 239 |
| 4.5.1 Dispensa por justa causa..... | 241 |
| 4.5.1.1 A definição de justa causa..... | 241 |
| 4.5.1.2 Formalidades e procedimento exigidos | 241 |
| 4.5.2 Dispensa por causa objetiva | 242 |
| 4.5.2.1 Dispensa por extinção do posto de trabalho | 242 |
| 4.5.2.1.1 Conceito | 242 |
| 4.5.2.1.2 Procedimento..... | 243 |
| 4.5.2.2 A dispensa por inadaptação superveniente ao posto de trabalho | 244 |
| 4.5.2.2.1 Conceito. | 244 |
| 4.5.2.2.2 Procedimento..... | 245 |
| 4.5.2.3 Dispensa coletiva..... | 246 |
| 4.5.2.3.1 Conceito | 246 |
| 4.5.2.3.2 Procedimento..... | 247 |

| | |
|--|------------|
| 4.5.3 Ilicitude da dispensa..... | 248 |
| 4.6 SUÉCIA | 252 |
| 4.6.1 Contratação por prazo determinado | 252 |
| 4.6.2 A disciplina das dispensas..... | 253 |
| 4.6.2.1 Dispensa por redundância | 256 |
| 4.6.2.2 Dispensa por circunstâncias relacionadas à pessoa do empregado | 257 |
| 4.6.3 “Lay-off” | 258 |
| 4.6.4 Regras sobre a prioridade nas hipóteses de dispensa, “lay-off” e recontração..... | 258 |
| 4.6.5 Procedimentos formais para a dispensa e o “lay-off” | 259 |
| 4.7 DINAMARCA | 261 |
| 4.7.1 O aviso-prévio..... | 262 |
| 4.7.2 A necessidade de um motivo razoável para a dispensa | 263 |
| 4.7.3 Dispensa por motivos ilícitos | 264 |
| 4.7.4 Dispensa coletiva | 265 |
| 4.7.5 Proteção especial aos representantes dos empregados | 266 |
| 4.8 FINLÂNDIA | 268 |
| 4.8.1 A necessidade de motivação da dispensa..... | 269 |
| 4.8.2 A dispensa individual | 270 |
| 4.8.3 A dispensa coletiva | 272 |
| 4.9 INGLATERRA | 274 |
| 4.9.1 Dispensa ilegítima: motivo incorreto ou motivo injusto | 274 |
| 4.9.2 As sanções relacionadas à dispensa ilegítima | 276 |
| 4.9.3 Dispensa por motivo de redundância | 278 |
| 4.10 ESTADOS UNIDOS | 283 |
| 4.10.1 Evolução histórica da proteção contra a dispensa imotivada e a negociação coletiva.. | 283 |
| 4.10.2 A jurisprudência (“common law”) e as leis federais e estaduais.. | 288 |

| | |
|---|-----|
| 4.10.3 Dispensa coletiva | 296 |
| 4.11 JAPÃO | 297 |
| 4.11.1 Dispensa disciplinar | 300 |
| 4.11.2 Dispensa coletiva | 301 |
| 4.12.3 O sistema do “emprego vitalício” | 303 |
| | |
| 5 AS POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DO DIREITO COMUNITÁRIO E DO DIREITO COMPARADO PARA A PROTEÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO NO BRASIL | 307 |
| | |
| 5.1 A APLICAÇÃO DE UM TRATAMENTO DIFERENCIADO A DETERMINADOS EMPREGADOS | 308 |
| 5.2 A APLICAÇÃO DE UM TRATAMENTO DIFERENCIADO EM RAZÃO DA NATUREZA OU DIMENSÃO DO EMPREGADOR | 309 |
| 5.3 O PERÍODO DE PROVA | 310 |
| 5.4 A DISPENSA POR MOTIVO DISCRIMINATÓRIO | 311 |
| 5.5 O DIREITO DE DEFESA DO EMPREGADO | 312 |
| 5.6 O ÔNUS DA PROVA DO MOTIVO JUSTIFICADOR DA DISPENSA | 312 |
| 5.7 A REINTEGRAÇÃO DO EMPREGADO | 313 |
| 5.8 AS DISPENSAS COLETIVAS | 319 |
| 5.9 O IMPEDIMENTO DO CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL | 324 |
| 5.10 O VALOR DA INDENIZAÇÃO DEVIDA AO TRABALHADOR EM RAZÃO DA DISPENSA | 326 |
| 5.11 O AVISO-PRÉVIO PROPORCIONAL AO TEMPO DE SERVIÇO | 327 |
| 5.12 A INDENIZAÇÃO DE ANTIGUIDADE E O FGTS | 328 |
| | |
| 6 POSSÍVEIS OBSTÁCULOS À EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO À RELAÇÃO DE EMPREGO | 330 |
| | |
| 6.1 A FRAUDE NA CONFIGURAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO E O TRABALHO INFORMAL | 331 |
| 6.2 O USO INDISCRIMINADO DOS CONTRATOS POR PRAZO DETERMINADO | 333 |

| | |
|---|------------|
| 6.3 REFLEXOS DA PROTEÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO NOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS E NO COMÉRCIO INTERNACIONAL | 335 |
| 6.4 POSSÍVEIS MEIOS PARA SE ASSEGURAR MAIOR EFETIVIDADE ÀS NORMAS TRABALHISTAS | 336 |
| 6.4.1 Cláusulas sociais | 336 |
| 6.4.2 Responsabilidade social da empresa..... | 346 |
| 6.4.3 Formação de blocos regionais | 350 |
| 6.4.4 Sindicalismo internacional | 350 |
| 6.4.4.1 A informação e consulta dos trabalhadores em nível transnacional: a Diretiva n. 45, de 1994, da União Européia | 356 |
| 6.4.5 Atuação da sociedade civil organizada..... | 357 |
| | |
| CONCLUSÃO | 360 |
| | |
| BIBLIOGRAFIA CONSULTADA..... | 362 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo da proteção da relação de emprego contra a dispensa imotivada no Direito brasileiro, no Direito internacional (no âmbito da Organização Internacional do Trabalho), no Direito comunitário (União Européia) e no Direito comparado.

No primeiro capítulo, analisamos a evolução do trabalho humano ao longo da história, desde o comunismo primitivo até o surgimento do capitalismo, consolidado com a Revolução Industrial. O objetivo é mostrar como foi criada e se modificou, ao longo da história, a relação entre o trabalhador e o tomador dos seus serviços, proprietário dos meios de produção, notadamente no que tange à liberdade do primeiro em dela se desvincular, afirmada apenas com o advento do capitalismo.

No âmbito desse último, analisamos também a evolução do modelo liberal ao modelo social. O primeiro, construído sob a égide do Estado Liberal e dos respectivos princípios da liberdade contratual e da igualdade formal, assegura ao empregador ampla liberdade de proceder à dispensa do empregado, sem necessidade de um motivo socialmente justificável.

O segundo modelo, por sua vez, começou a ser construído após a I Guerra Mundial, com o advento das Constituições sociais, mas foi consolidado depois da II Guerra, com a afirmação do Estado de Bem-Estar Social nos países capitalistas desenvolvidos. Estes vivenciaram a expansão e fortalecimento do Direito do Trabalho, que atuou como instrumento eficaz de distribuição de riqueza e de poder na sociedade. É nesse contexto que se insere a consolidação do modelo de efetiva proteção do empregado contra a dispensa imotivada, inspirado nos princípios da proteção ao contratante mais fraco e da igualdade substancial.

No segundo capítulo, analisamos a evolução histórico-jurídica da proteção em tela no Direito brasileiro, em que se destacam a estabilidade da relação empregatícia, assegurada pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), de 1943, e o advento do sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), introduzido pela Lei n. 5.107/66, tecendo-se diversas críticas a esse último. Chegamos, por fim, ao modelo de proteção consagrado pela Constituição Federal de 1988, o qual busca conciliar os direitos do trabalhador com os interesses econômicos da empresa.

Nesse contexto, é analisada a Convenção n. 158, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata do término do contrato de trabalho por iniciativa do empregador. Ela foi incorporada ao Direito brasileiro, após ser aprovada pelo Decreto Legislativo n. 68, de 1992, e assegura uma proteção no mesmo sentido daquela prevista pela Carta Magna de 1988. Procuramos demonstrar o seu

status constitucional, por tutelar direitos humanos, e a inconstitucionalidade da sua denúncia, feita por um Decreto presidencial, em 1996.

No terceiro capítulo, partimos para o estudo do Direito da União Européia, o qual prevê o direito à proteção contra a dispensa imotivada. Em âmbito comunitário, destaca-se a regulamentação da dispensa coletiva, a qual influenciou decisivamente a legislação dos respectivos Estados-membros na matéria.

No quarto capítulo, analisamos o tema no Direito comparado, por meio do estudo das ordens jurídicas de onze países, a saber, Itália, Alemanha, França, Espanha, Portugal, Suécia, Dinamarca, Finlândia, Inglaterra, Estados Unidos e Japão. A escolha desses países baseou-se no fato de eles assegurarem, notadamente por meio da lei, mas também através da contratação coletiva e da atividade construtiva da jurisprudência (sobretudo no caso dos Estados Unidos), um eficiente sistema de proteção contra a dispensa imotivada.

O estudo dessas ordens jurídicas, bem como dos respectivos apontamentos da doutrina e da jurisprudência, tem por objetivo precípuo a busca de idéias que possam ser introduzidas no Direito brasileiro, tendo em vista o seu aperfeiçoamento. De fato, como nota RENÉ DAVID, “o direito comparado é útil para um melhor conhecimento do nosso direito nacional e para o seu aperfeiçoamento. O legislador sempre utilizou, ele próprio, o direito comparado para realizar e aperfeiçoar a sua obra.”¹

Nessa análise, nos detivemos com maior profundidade no Direito italiano, no qual existem normas relevantes que protegem o empregado contra a dispensa imotivada, assegurando-lhe, inclusive, o direito à reintegração no posto de trabalho. A pertinência do estudo mais profundo do Direito italiano reside na presença uma regulamentação importante da matéria e também na grande influência que ele sempre exerceu na construção das normas trabalhistas brasileiras. Desse modo, como outrora se fez, decidimos elegê-lo como principal fonte de inspiração para a introdução das mudanças necessárias no Direito brasileiro, visando ao seu melhoramento e progresso.

Cuidamos, em seguida, no quinto capítulo, de propor um modelo de proteção da relação de emprego contra a dispensa imotivada no Brasil, que inclui a disciplina das dispensas individual e coletiva. Essa proposta é baseada nas normas da Constituição Federal de 1988, da Convenção n. 158 da OIT e da legislação infraconstitucional brasileira (sobretudo da CLT), e leva também em consideração

¹ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 05.

os preceitos do Direito comunitário, das ordens jurídicas estrangeiras, notadamente do Direito italiano, e da Recomendação n. 166 da OIT.

Por fim, no sexto e último capítulo, são discutidos eventuais problemas que poderão surgir a partir da instituição, no Brasil, do modelo proposto, relacionados à eficácia de suas normas e aos efeitos que estas poderão causar no desenvolvimento da economia nacional. Nesse sentido, analisamos alguns meios que podem se mostrar úteis para propiciar a elevação dos direitos trabalhistas e, sobretudo, a sua maior efetividade, como as cláusulas sociais, a responsabilidade social da empresa, a formação de blocos regionais, o sindicalismo internacional e a atuação da sociedade civil organizada.

Há de se ressaltar que o presente estudo é feito sob o entendimento de que a proteção da relação de emprego contra a dispensa imotivada é de fundamental importância para a garantia do direito ao trabalho e da eficácia de todos os demais direitos trabalhistas, cujo exercício efetivo depende, intrinsecamente, de sua existência na ordem jurídica de um país. Desse modo, essa proteção encontra-se intimamente relacionada à existência digna do homem-trabalhador, o que, por si só, já denota a importância de estudá-la, como forma de defender a sua instituição e aperfeiçoamento².

² Tecendo considerações sobre a dispensa, Antônio Álvares da Silva afirma que: “A significação deste ato, as condições de sua manifestação, e o estudo de suas conseqüências constituem o eixo em torno do qual se constrói praticamente todo o Direito Individual do Trabalho.”. SILVA, Antônio Álvares. *Proteção contra a dispensa na nova constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991. p. 34.

1 O TRABALHO HUMANO NA HISTÓRIA

No decorrer da história, as sociedades humanas se organizaram de formas diferentes para produzir os bens e serviços necessários ao atendimento das suas necessidades. Nesse sentido, surgiram relações de trabalho - que consistem no modo como os homens se relacionam para propiciar a modificação da natureza pelo seu engenho - também diversas. O trabalho, portanto, sempre esteve presente nas sociedades humanas organizadas, embora a sua forma de articulação tenha variado ao longo do tempo³.

É possível identificar quatro sistemas econômicos ou modos de produção que marcaram a evolução da civilização ocidental: o comunismo primitivo, o escravismo, o feudalismo e o capitalismo⁴. Em cada um deles, os homens se relacionavam de modo diferente para viabilizar a produção, havendo distinções quanto à propriedade dos meios de produção e à repartição dos frutos advindos do trabalho. Em linhas gerais, pode-se dizer que no comunismo primitivo a propriedade de tais meios (terras, utensílios, ferramentas) pertencia a toda a sociedade, todos os seus membros trabalhavam e tinham acesso aos frutos produzidos.

1.1 ESCRAVISMO

No escravismo, houve a apropriação dos meios de produção por uma classe – os senhores – que exploravam o trabalho de outra classe – os escravos – se apropriando também dos frutos produzidos. O escravo era considerado, juridicamente, não como pessoa, mas, sim, como coisa, razão pela qual não era tutelado pelo ordenamento jurídico; tratava-se de um mero objeto de propriedade do senhor, que com ele mantinha uma relação de direito real. Não sendo um sujeito de direitos, o escravo não podia prestar o consentimento contratual (e, conseqüentemente, contrair obrigações), sendo até mesmo destituído do direito à vida e ao tratamento digno, embora o senhor estivesse sujeito a sanções penais se o matasse sem motivo⁵.

A condição de escravo podia derivar de várias situações, como a de nascer de mãe escrava, de ser prisioneiro de guerra, de sofrer condenação penal, de descumprir obrigações tributárias, de desertar

³ PERONE, Giancarlo. *Lineamenti di Diritto del Lavoro: evoluzione e partizione della materia, tipologie lavorative e fonti*. Turim: G. Giappichelli, 1999. p. 09-10.

⁴ A identificação dos quatro diferentes modos de produção, cuja sucessão marcou a evolução da civilização européia, foi feita por Karl Marx. Cf. HUNT, E. K., SHERMAN, Howard J. *História do pensamento econômico*. trad. Jaime Larry Benchimol. 17^a ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 93.

⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2^a ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 51.

do exército⁶. A escravidão, entre os egípcios, os gregos e os romanos, atingiu grandes proporções. Na Roma e na Grécia antigas, cerca de 80% da população era composta por escravos. De fato, com a passagem da República para o Império, no mundo romano, a escravidão tornou-se a principal forma de trabalho. Os escravos executavam todo o labor manual e, inclusive, grande parte das atividades clericais, burocráticas e artísticas⁷. Na Grécia havia fábricas de flautas, de facas, de ferramentas agrícolas e de móveis, onde todos os trabalhadores eram escravos. Em Roma os grandes senhores tinham escravos de várias classes: desde pastores até gladiadores, músicos, filósofos e poetas⁸. Em troca dos serviços prestados, os escravos recebiam alimentação e vestuário suficientes para sobreviverem.

A economia era predominantemente agrícola e os senhores apropriavam-se do excedente produzido por seus escravos. Nessa época, foram escritas algumas obras que procuravam justificar a escravidão. PLATÃO e ARISTÓTELES, entre outros filósofos, afirmavam que esta era um fenômeno “natural”, isto é, o único sistema possível, e que existiria para sempre. Com efeito, para o Estagirita, a escravidão cumpria um papel essencial, era justa e necessária, pois deixava os homens livres do labor para as atividades intelectuais, filosóficas e políticas⁹. De fato, as atividades laborativas de caráter prevalentemente manual, assim como os sujeitos nela empenhados, eram desvalorizados socialmente.

O crescimento da população e da complexidade das relações sociais fez com que os senhores começassem a utilizar a mão-de-obra de escravos alheios, cujo serviço arrendavam. Progressivamente, os homens livres e de baixa renda passaram também a arrendar os seus serviços. As condições desse contrato, do mesmo modo que as do escravo, eram regidas pela locação de coisas, cuja denominação genérica era “*locatio conductio*”. Esta surgiu, no mundo romano, por volta dos séculos VII e VI a.C.

Havia três espécies de “*locatio conductio*”: a “*locatio rei*” (em que uma parte concedia à outra o uso e gozo de uma coisa em troca de uma retribuição); a “*locatio operis faciendi*” (essa figura, pela qual uma pessoa se obrigava a executar uma determinada obra e entregá-la à outra, mediante um preço e assumindo os riscos, corresponde à atual empreitada); “*locatio operarum*” (na qual uma parte, em

⁶ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 50.

⁷ VIANA, Márcio Túlio. Poder Diretivo e Sindicato: entre a opressão e a resistência. *Caderno Jurídico*, Brasília, Escola Judicial do TRT da 10ª Região, ano 4, n. 06, nov./dez. 2005. p. 20-21.

⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas, FILHO, João de Lima Teixeira. *Instituições de Direito do Trabalho*. v. 1. 22ª ed.. São Paulo: LTr, 2005. p. 27.

⁹ HUNT, E. K., SHERMAN, Howard J. *História do pensamento econômico*. p. 11. Segundo Aristóteles, “há escravos e homens livres pela própria obra da natureza (...) essa distinção subsiste em alguns seres, sempre que igualmente pareça útil e justo para alguém ser escravo, para outrem mandar; pois é preciso que aquele obedeça e este ordene, segundo o seu direito natural, isto é, com uma autoridade absoluta”. ARISTÓTELES. *A política*. Livro I. Rio de Janeiro: Tecnoprint, s.d. p. 28-29 *apud* DELGADO, Mauricio Godinho. *O Poder Empregatício*. São Paulo: LTr, 1996. p. 30.

troca de uma remuneração fixada tendo em vista o tempo gasto na execução, prestava serviços à outra, a qual assumia os riscos daí advindos). Importa notar que, na Antiguidade Clássica, a locação de obras e de serviços era escassa, se comparada ao trabalho escravo¹⁰.

O último grande império ocidental caracterizado pelo regime escravocrata foi o romano, cuja queda, no Ocidente, ocorreu no século V d.C., ocasionando o surgimento de um novo sistema: o feudalismo¹¹.

1.2 FEUDALISMO

No feudalismo, os meios de produção também pertenciam apenas a alguns membros da sociedade: os senhores feudais. Aqueles que não detinham tais meios – os servos da gleba – trabalhavam para o senhor em troca de proteção. O servo não era livre, pois estava preso à terra e seguia a sorte desta. De fato, embora não tivesse a condição jurídica do escravo, pois era considerado como sujeito de direitos, o servo não dispunha de sua liberdade, vez que estava sujeito às mais severas restrições, inclusive de deslocamento¹².

A sociedade feudal era estamental, organizada a partir de uma rígida e praticamente imóvel hierarquia: o camponês (servo da gleba) recebia a proteção do senhor feudal, o qual, por sua vez, devia lealdade e era protegido por um senhor mais poderoso, e assim sucessivamente, até culminar no rei, figura máxima na escala hierárquica. Os fortes protegiam os fracos, mas em troca de um preço elevado. Os senhores concediam a seus vassalos o feudo (direito hereditário de usar a terra) em troca de pagamentos em dinheiro, alimentos, trabalho ou lealdade militar. Na base da pirâmide hierárquica estava o servo, que cultivava a terra.

Como não havia uma autoridade central forte para impor um sistema de leis, as relações sociais eram regidas pelos costumes e tradições do feudo. Estes tinham grande influência na determinação do modo de viver e de pensar das populações medievais. Ilustrativamente, na Inglaterra, “um senhor podia impor sanções a outro que, como vassalo seu, houvesse violado repetidamente os costumes no tratamento dispensado aos servos”¹³.

¹⁰ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 52-53.

¹¹ HUNT, E. K., SHERMAN, Howard J. *História do pensamento econômico*. p. 11. O Império Romano do Oriente, por sua vez, prosseguiu até o século XV.

¹² Segadas Vianna observa que havia muitas semelhanças entre a servidão e a escravidão, como, por exemplo, o fato de que o senhor da terra podia mobilizar os servos obrigatoriamente para a guerra e, sob contrato, cedê-los aos donos das pequenas oficinas existentes na época. SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de Direito do Trabalho*. p. 30.

¹³ HUNT, E. K., SHERMAN, Howard J. *História do pensamento econômico*. p. 13.

O termo “servo” origina-se da palavra latina “servus”, que significa “escravo”. Todavia, a servidão apresentava diferenças importantes em relação à escravidão. O escravo, como vimos, era uma propriedade do senhor, passível de ser comprado e vendido à revelia de sua vontade; o servo, ao contrário, não podia ser separado de sua família ou da terra. Quando o senhor transferia a posse do feudo, o servo era com ela transferido, passando a se submeter ao novo senhor.

Todavia, o servo também estava sujeito, em graus variáveis, a obrigações por vezes pesadas e, assim, estava longe de ser livre. Cumpre notar que a Igreja Católica foi, durante a Idade Média, a maior proprietária de terras na Europa Ocidental, divididas em feudos, nos quais era mantido o mesmo sistema acima descrito.

Havia também uma grande quantidade de cidades dispersas pela Europa, muitas das quais se destacavam como importantes centros manufatureiros. Os bens produzidos eram vendidos aos feudos ou negociados no comércio distante. A identidade de profissão, como força de aproximação entre os homens, levou-os a se unirem, para assegurar direitos e prerrogativas, surgindo as corporações de ofício, também denominadas associações de artes e misteres ou guildas. Eram corporações de artesões, comerciantes e outros ofícios, sendo as instituições econômicas dominantes nas cidades e cuja origem remonta ao Império Romano¹⁴. Para produzir ou vender determinado bem ou serviço era necessário estar filiado a uma guilda, a qual regulamentava minuciosamente tais atividades econômicas¹⁵.

Um dos preceitos morais mais importantes na época medieval, por influência da ética cristã, era que os comerciantes tinham que vender as suas mercadorias pelo chamado “justo preço”, isto é, um preço que compensasse os esforços relativos ao transporte do produto e à busca do comprador, suficiente apenas para manter a sua condição tradicional e costumeira. Assim, o objetivo deveria ser a reprodução das condições de vida e não a acumulação de riqueza, condenada com severidade.

Outro preceito importante, no sentido também de inibir a acumulação, era a proibição da usura, isto é, do empréstimo de dinheiro a juros. Na Inglaterra, ilustrativamente, foi promulgada uma Lei contra a usura, que a proibia sob pena de prisão¹⁶. A Igreja a considerava uma infração das mais condenáveis, pois naquela época se recorria ao empréstimo por motivo de necessidade e sobrevivência,

¹⁴ Dentre os romanos, em paralelo ao trabalho escravo – que era o predominante –, havia aqueles que exerciam uma atividade laborativa com autonomia, em regime de liberdade, como os artesãos. Suas associações, denominadas colégios (“collegia”), com finalidade religiosa e de socorro mútuo, provavelmente foram fundadas por Numa Pompílio. BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 52. De tais colégios originaram-se as posteriores corporações de ofício medievais.

¹⁵ HUNT, E. K., SHERMAN, Howard J. *História do pensamento econômico*. p. 14 e BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 55.

¹⁶ HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem*. Rio de Janeiro: Zahar, 1972. p. 46.

e não para investir, obter lucros e acumular riqueza¹⁷. Tais valores, subjacentes ao sistema feudal, são opostos aos que, mais tarde, prevaleceriam no capitalismo: “o desejo de maximizar os ganhos monetários, acumular riquezas materiais, progredir social e economicamente através de um comportamento aquisitivo haveria de se tornar a força motriz dominante no sistema capitalista”¹⁸.

1.3 CAPITALISMO

Mas o modo de produção que nos interessa é o capitalismo, instaurado definitivamente a partir da Revolução Industrial nos séculos XVIII e XIX¹⁹. A invenção da máquina – como a de fiar, o tear mecânico e a máquina a vapor – e sua aplicação à indústria provocaram uma revolução nos métodos de trabalho e, conseqüentemente, nas relações entre patrões e trabalhadores. O centro produtivo foi deslocado do campo para a cidade, da produção agrária para a indústria. Mas não adiantava à nova classe dominante – a burguesia – ser proprietária das fábricas e dos equipamentos, dos meios de produção; ela necessitava do trabalho humano, para, articulando-o com as máquinas, transformar as matérias-primas nos produtos a serem ofertados ao mercado, em crescente expansão.

1.3.1 O liberalismo e a desigualdade fática

Havia nas cidades um grande contingente de trabalhadores livres: libertos das imposições feudais, mas também dos meios necessários à sua sobrevivência. Para utilizar essa mão-de-obra abundante, mas sob a aparência de total liberdade, engendrou-se o trabalho assalariado. O ex-camponês ou ex-artesão podia se tornar um operário, trabalhando nas nascentes fábricas em troca de uma remuneração, com a qual poderia adquirir no mercado os bens e serviços necessários à sua subsistência. Se à primeira vista o novo sistema conferia uma liberdade muito maior do que os anteriores – pois o escravo e o servo eram obrigados a trabalhar para os seus senhores – na verdade essa liberdade era mais

¹⁷ HUNT, E. K., SHERMAN, Howard J. *História do pensamento econômico*. p. 20 e VIANA, Márcio Túlio. Poder Diretivo e Sindicato. p. 26. Com o tempo esse espírito e essas práticas foram se modificando profundamente. De acordo com as novas religiões protestantes – luteranismo e, sobretudo, calvinismo – o que era pecado (juros, acumulação, cobiça) tornou-se um sinal da graça divina e de virtude.

¹⁸ HUNT, E. K., SHERMAN, Howard J. *História do pensamento econômico*. p. 18-20.

¹⁹ “Na segunda metade do século XVIII, teve início, na Inglaterra, um processo de desenvolvimento industrial que recebeu o nome de ‘Revolução Industrial’ (...) a mudança revolucionária é, na realidade, a instalação, de forma definitiva, do modo de produção capitalista”. FARIA, Ricardo de Moura, MARQUES, Adhemar Martins, BERUTTI, Flávio Costa. *História*. v. 3. Belo Horizonte: Lê, 1993. p. 142.

aparente do que real. Sem a terra para cultivar e sem as ferramentas do trabalho artesanal, a escolha consistia em trabalhar como operário ou morrer de fome.

Mas o operário não enfrentava apenas a ausência real de liberdade; trabalhando jornadas longuíssimas, sem descansos ou repousos, expondo muitas vezes ao risco a sua vida e integridade física, recebia em troca uma remuneração insuficiente (ou no limite mínimo da suficiência) para prover a sua subsistência e de sua família. Crianças e mulheres eram exploradas ainda mais.

A Revolução Francesa varreu os últimos vestígios da servidão. Em seu contexto foi editada, em 17 de junho de 1791, a Lei “Le Chapellier” (que deve seu nome ao seu proponente), que proibia todo tipo de associação de indivíduos de mesma profissão, como as corporações de ofício. Esse diploma -, em plena consonância com o espírito liberal, afirmado pela Revolução -, visava impedir a existência de corpos intermediários, com seus respectivos poderes normativos, entre o indivíduo e o Estado.

Consagra-se o princípio de que em uma sociedade (supostamente) livre, igual e soberana, os interesses dos indivíduos, inclusive aqueles profissionais, podem ser tutelados apenas por meio da liberdade contratual. Na verdade, como apontam vários autores, o objetivo maior do diploma não foi propriamente abolir as corporações de ofício (já em crise e em vias de desaparecimento na época), mas, sim, proibir as novas tentativas dos trabalhadores de se organizarem em sindicatos²⁰. Tal proibição foi adotada também por diversos outros países²¹.

Os trabalhadores, livres do *status* que, no sistema corporativo, havia impedido as relações profissionais de se fundar na liberdade contratual, no período da legislação liberal, inaugurado pelas Revoluções burguesas, continuaram sem a capacidade efetiva de determinação negocial das condições de trabalho, como a jornada laborativa e a remuneração. De fato, as previsões formais do legislador não correspondiam à realidade concreta. O obreiro, ainda que desvinculado da regulamentação heterônoma ditada pelas corporações e do aparato sancionatório que a reforçava no plano penal, não se tornou realmente livre, nem igual, em relação à outra parte do contrato, isto é, ao patrão. Ao contrário, ele permaneceu abandonado ao domínio do poder econômico e, conseqüentemente, do poder contratual do empregador, o que resultou, obviamente, no aviltamento das condições de trabalho.

²⁰ Nesse sentido, vide CATHARINO, José Martins. *Tratado Elementar de Direito Sindical*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1982. p. 21 e PERONE, Giancarlo. *Lineamenti di Diritto del Lavoro*. p. 15-16.

²¹ PERONE, Giancarlo. *Lineamenti di Diritto del Lavoro*. p. 17.

A liberdade econômica sem limites conduziu à opressão dos mais fracos, gerando, segundo alguns autores, uma nova forma (talvez mais perversa) de escravidão²². É o que nos revela a célebre frase de LACORDAIRE: “Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, é a liberdade que escraviza, é a lei que liberta”²³.

Diante dessa situação, o Estado Liberal portava-se como mero espectador, pois, seguindo os dogmas do liberalismo econômico, sintetizados na fórmula de VINCENT DE GOURNAY - “laissez-faire, laissez-passer”-, a sua função seria apenas garantir a ordem social e política, com um aparato coercitivo organizado, conferindo aos particulares ampla liberdade de ação econômica e atuando como forte instrumento de repressão, para garantir a ordem vigente. Assim, ele intervinha apenas para assegurar a propriedade privada e reprimir as revoltas sociais.

1.3.2 O surgimento do Direito do Trabalho

A opressão e exploração vivenciadas pelos operários, reunidos nas fábricas, convivendo lado a lado, fez surgir uma maior solidariedade e união entre eles, o que resultou na formação dos sindicatos e nas duras lutas por estes empreendidas.

Essa pressão crescente – unida a outros fatores, como os de natureza ideológica (v.g., anarquismo, socialismo marxista, doutrina social da Igreja Católica, na qual se destaca a Encíclica “*Rerum Novarum*”, de 1891, do Papa Leão XIII) -, resultou na mudança de postura por parte do Estado, que abandonou a posição de inércia e passou a intervir nas relações de trabalho. De fato, “o trabalho, libertado pelas Revoluções liberais, exige ser protegido pelo Estado, o qual é impelido a fazê-lo frente à expansão dos conflitos sociais; e o trabalho se atribui, além disso, uma tutela autônoma, graças ao uso de instrumentos de disciplina coletiva”²⁴.

A ordem jurídica não podia continuar tratando igualmente empregado e empregador, quando a realidade demonstrava a enorme desigualdade, continuamente aprofundada. Sendo o Estado uma força suprema, acima de grupos e interesses, é a ele que cabe o imprescindível papel de mediação e de

²² Segadas Vianna observa que a garantia da igualdade formal não impediu que “o cidadão-proletário, politicamente soberano no Estado, acabasse, economicamente, *escravo* na fábrica”. SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de Direito do Trabalho*. p. 34 e 36.

²³ “Libéralisme politique”. *Wikipédia: l'encyclopédie libre*. Disponível em <http://fr.wikipedia.org/wiki/Lib%C3%A9ralisme_politique>. Acesso em: 14 nov. 2006.

²⁴ PERONE, Giancarlo. *Lineamenti di Diritto del Lavoro*. p. 22. Tradução nossa. Para manter o sistema vigente, ameaçado pelos conflitos que agitavam a sociedade, era necessário fazer concessões: era melhor perder os anéis do que os próprios dedos.

equilíbrio. Deve intervir como representante dos interesses gerais para conter os interesses individuais, relativizando-os e limitando o seu exercício.

É essa a postura estatal exigida pelas Constituições sociais, que buscam a igualdade substancial, em clara oposição à ordem jurídica liberal, que assegurava tão somente a igualdade formal. Esta apenas tendia a agravar as desigualdades sociais já existentes, aumentando ainda mais o fosso que separava os mais abastados dos mais desfavorecidos. Tratava-se de um modelo, como observou ironicamente ANATOLE FRANCE, que consagrava “a majestosa igualdade das leis que proíbe tanto o rico como o pobre de dormir sob as pontes, de mendigar nas ruas e de furtar um pão”²⁵. Somente com a intervenção do Estado, estabelecendo, inclusive, diferenças de tratamento em benefício dos setores sociais mais fracos, seria possível corrigir tais situações de intolerável desigualdade fática entre os homens, para se alcançar maior justiça social.

O Estado deve atuar, assim, positivamente e ampliar suas atribuições, seja regulamentando a iniciativa privada, seja fomentando-a e vigiando-a, seja substituindo-a em benefício do interesse público. Somente desse modo é possível alcançar uma melhor repartição da riqueza e do poder, uma maior justiça social, que estão na base do bem-estar da sociedade. É nesse sentido que deve ser compreendida a criação do Direito do Trabalho. O surgimento desse ramo jurídico marca a transição do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, o qual visa alcançar a igualdade real ou substancial.

Sinteticamente, EVARISTO DE MORAES FILHO aponta como principais causas para o surgimento do Direito do Trabalho, no contexto mundial: os problemas e respectivas conseqüências do liberalismo econômico e político; o maquinismo; a concentração de capitais e de massas humanas; as lutas de classes e as conseqüentes rebeliões sociais, com destaque para o Ludismo e o Cartismo na Inglaterra; as Revoluções de 1848 e 1871, na França, e de 1848, na Alemanha; os acordos entre grupos profissionais e econômicos que regulavam as relações entre operários e patrões, cuja força normativa, posteriormente, foi reconhecida pelo Estado; a Encíclica “Rerum Novarum”; a I Guerra Mundial (1914-1918), cujo fim conferiu ao Direito do Trabalho posição definitiva nos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais²⁶. Nesse sentido, destacam-se o Tratado de Versalhes (1919), que criou a Organização Internacional do Trabalho (OIT), e as Constituições Mexicana (1917) e Alemã de Weimar (1919), que foram as primeiras Cartas Constitucionais no mundo a preverem institutos de Direito do Trabalho.

²⁵ FRANCE, Anatole. *Le Lys Rouge*. Paris: Calmann-Levy, 1913. p. 118. Tradução nossa.

²⁶ FILHO, Evaristo de Moraes. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p. 47.

Desse modo, seja através da atividade estatal, seja por meio da negociação coletiva, foram surgindo normas destinadas a reger as relações de trabalho, estabelecendo condições mínimas (e.g., salário, jornada, repouso semanais, férias, proibição do trabalho infantil) que deveriam ser respeitadas nas relações individuais. Esse conjunto normativo veio a ser denominado Direito do Trabalho. Este nasce, assim, em um contexto no qual o trabalho é tratado pelo ordenamento jurídico como se fosse uma mercadoria qualquer colocada no mercado, para reagir a essa concepção puramente economicista.

O Direito do Trabalho surgiu em uma conjuntura marcada pela desigualdade econômica e social, para conferir proteção aos operários, garantindo-lhes condições mínimas de trabalho e de vida, por meio de normas imperativas, de força cogente, insuscetível de renúncia pelas partes. Com efeito, a realidade havia comprovado que sem a intervenção normativa, ou seja, se permitida a livre negociação pelas partes do contrato, o trabalhador não teria acesso a um nível de vida digno.

1.3.3 A evolução histórica da disciplina jurídica da dispensa no contrato de trabalho

A partir do contexto acima descrito, pode ser compreendida a evolução por que passou, historicamente, a regulamentação da liberdade conferida às partes no tocante à cessação do contrato de trabalho. Em um primeiro momento, havia forte restrição à rescisão do pacto empregatício por iniciativa do obreiro, sendo cominada até mesmo a pena de prisão, de que são exemplos o diploma inglês “Master and Servant Act”, de 1867, a Lei russa de 1886 e a Lei húngara, de 1898. Tratava-se, em verdade, de um resquício do regime feudal. O patrão, no entanto, era livre para proceder à dispensa do trabalhador²⁷.

Evoluiu-se, então, sob a égide do liberalismo, para o estabelecimento de uma igualdade formal entre as partes, conferindo-lhes igual liberdade para rescindir o contrato de emprego. As normas trabalhistas caracterizavam-se pela simetria entre os direitos do empregado e do empregador de pôr fim ao contrato de trabalho, sem a obrigação de justificá-lo. Entendia-se que, se os sujeitos tinham liberdade incondicional para contratar, também o tinham para rescindir o contrato, observando-se, no máximo, um período de aviso-prévio. É interessante notar que as codificações do século XIX chegavam a proibir que o trabalhador contratasse os seus serviços por tempo indeterminado, com o objetivo de evitar o reaparecimento da servidão.

²⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 13ª ed. Saraiva: São Paulo, 1997. p. 508-509.

De fato, o Código Civil francês, de 1804, definia o contrato de locação de serviços como a obrigação de uma pessoa de prestar o próprio serviço ao outro contratante, em troca de uma retribuição acordada. Em seu art. 1780, ele proibia a obrigação indefinida, isto é, perpétua, das pessoas. O Código Civil italiano de 1865, por sua vez, inspirado no Código Napoleônico, previa, em seu art. 1628, que “ninguém pode obrigar a própria obra em benefício alheio senão por tempo determinado ou por uma empresa determinada”²⁸. A possibilidade da prestação laborativa por tempo indeterminado era prevista, ao contrário, pelo Código Civil alemão de 1900 (“Bürgerliches Gesetzbuch” - BGB)²⁹.

É interessante notar, recorrendo às palavras de GIORGIO GHEZZI e UMBERTO ROMAGNOLI, que “o interesse do trabalhador à temporariedade da relação foi protegido *antes* do seu interesse à continuidade da mesma; e isso para um *homme de travail* cujo pai ou avô tinha sido ligado ao patrão por vínculos feudais tendencialmente perpétuos deve ter sido motivo de satisfação.”³⁰.

1.3.3.1 A dispensa na obra de Ludovico Barassi

Nesse contexto, podem ser compreendidas as idéias e formulações dos juristas da época. Na doutrina italiana, desde o início da década de 1900, o debate sobre o trabalho subordinado é dominado pelas contribuições de um notável jurista, advogado e professor universitário - LUDOVICO BARASSI -,

²⁸ É interessante citar algumas decisões da jurisprudência italiana da época: “A nulidade da locação de serviços por toda a vida é absoluta, e pode ser oposta não apenas pelo locador dos serviços, mas também pelo tomador e por quem tenha interesse”. (grifos nossos). Decisão da Corte de Apelação de Gênova, de 14 de julho de 1902, Benso v. Novara. *Repertorio del Foro Italiano*, ano de 1902, Roma, Il Foro Italiano, 1904. p. 721. Tradução nossa. “O contrato de locação de serviços sem prazo é nulo nos termos do art. 1628, c.c. E como tal deve considerar-se aquele que tenha como limite de duração apenas o cumprimento do próprio dever”. (grifos nossos). Decisão da Pretura de Roma, de 17 de fevereiro de 1905, Belloni v. Collegio Santa Maria. *Repertorio del Foro Italiano*, ano de 1905, Roma, Il Foro Italiano, 1906. p. 718. Tradução nossa. Todavia, progressivamente se começa a conferir uma interpretação mais elástica ao artigo em tela, em sentido mais favorável ao trabalhador, pois se percebe que para este era melhor um contrato por tempo indeterminado: “A proibição contida no art. 1628, c.c., pela qual ninguém pode obrigar os próprios serviços por conta alheia a não ser por tempo determinado, é relativa apenas aos serviços materiais e não à prestação nos escritórios nas quais o locador emprega a própria capacidade e atividade, sendo em tais casos válida a contratação por toda a duração da idoneidade do trabalhador”. (grifos nossos). Decisão da Corte de Cassação, de 18 de abril de 1906, Ferri v. Doria. *Repertorio del Foro Italiano*, ano de 1906, Roma, Il Foro Italiano, 1907. p. 763. Tradução nossa. “A disposição do art. 1628, c.c., pela qual ninguém pode obrigar os próprios serviços senão por tempo determinado, é relativa apenas às prestações de serviços de caráter manual”. Decisão da Corte de Cassação, de 14 de novembro de 1918, Torlonia v. De Rossi. *Repertorio del Foro Italiano*, ano de 1919, Roma, Il Foro Italiano, 1920. p. 517-518. Tradução nossa. “Não é nulo o contrato de locação de serviços por tempo indeterminado, e inclusive por toda a vida, quando seja pactuado que quem presta o serviço possa sempre se desvincular mediante um aviso prévio; e, de todo modo, a nulidade prevista no art. 1628, c.c., é invocável apenas pelo locador do serviço”. Decisão da Corte de Cassação, de 16 de junho de 1921, Bargagli v. Scacciati. *Repertorio del Foro Italiano*, ano de 1922, Roma, Il Foro Italiano, 1923. p. 689. Tradução nossa.

²⁹ PINO, Giovanni. Il contesto di inizio secolo e la discussione sul contratto di lavoro. *Lavoro subordinato e dintorni*. coord. Marcelo Pedrazzoli. Bolonha: Il Mulino, 1989. p. 30.

³⁰ GHEZZI, Giorgio, ROMAGNOLI, Umberto. *Il rapporto di lavoro*. 3ª ed. Bolonha: Zanichelli, 1995. p. 41.

considerado o fundador do Direito do Trabalho na Itália e um dos mais célebres precursores desse ramo jurídico em nível mundial.

Em 1901, BARASSI publica a sua obra sobre o contrato de trabalho - “Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano” -, a qual foi reeditada, com grandes alterações, por meio de dois volumes com o mesmo título, em 1915 e 1917³¹. Nessas obras, o autor utiliza a expressão “contrato de trabalho” em sentido amplo, abrangendo tanto a “locatio operarum”, quanto a “locatio operis”³². Todavia, ele individualiza na subordinação ou dependência do trabalhador em relação ao empregador o traço identificador da “locatio operarum”. A subordinação é por ele entendida no sentido jurídico, e não com base em indicadores do tipo sócio-econômico, sendo correlata ao poder diretivo do empregador³³.

Ao tratar da disciplina da dispensa, o autor leva em conta os dispositivos da ordem jurídica, notadamente do Código Civil de 1865 (CC/1865), que tratam do contrato em geral. Todavia, não havia nenhuma norma que fundamentasse diretamente a construção de um direito, atribuído a ambas as partes da “locatio operarum”, de extinguir a relação sem submeter a questão previamente à apreciação judicial.

De fato, o art. 1123, §2º, do CC/1865, previa que os contratos somente podem ser cessados por mútuo consenso ou por causas autorizadas pela lei. O art. 1165, por sua vez, dispunha que, no caso de se verificar a condição resolutiva tácita, consistente no inadimplemento, era possível a resolução judicial do contrato, em alternativa à ordem judicial para o cumprimento forçado. O último parágrafo

³¹ No prefácio à segunda edição da sua obra, Barassi esclarece que “neste volume apresento não uma revisão, mas um tratamento radicalmente diverso do tema que foi objeto da primeira edição”. BARASSI, Ludovico. *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*. 2ª ed. v. 1. Milão: Libreria, 1915. Tradução nossa.

³² Barassi observa que “visando compreender tanto os ‘serviços’ quanto a ‘obra’ e, eventualmente, as outras formas de trabalho com uma palavra que abrace todas, devemos recorrer à denominação ‘contrato de trabalho’”. BARASSI, Ludovico. *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*. Milão: Libreria, 1901. p. 21. Tradução nossa.

³³ “Pode-se dar o seguinte critério: quando o credor do trabalho está em contato com o trabalho, o dirige, o vigia, o endereça aos resultados que ele, por meio das prestações do devedor, pretende alcançar, há a locação de serviços”. Nesse sentido, o autor individualiza na dependência o critério distintivo: “a ‘dependência’ que constitui o critério característico distintivo dos dois contratos”. BARASSI, Ludovico. *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*. 1901. p. 29-30 e 34. Tradução nossa. Nas reedições de sua obra, o autor adota o mesmo entendimento: “adianto que essa é certamente, na minha opinião, a grande, a mais importante distinção que se deve fazer em matéria de contrato de trabalho. Essa distinção nos veio do Direito Romano, onde, todavia, a *locatio operarum* e a *locatio operis* surgiram separadamente e com tamanhas diferenças que nada deixaria ver nelas aquilo que se tornaram depois: dois ramos (sempre distintas uma da outra) de uma única relação jurídica. Devemos também notar que essa bipartição exaure absolutamente a matéria do ‘contrato de trabalho’, entendido como nós o entendemos, isto é, como contrato no qual ocorre uma troca de trabalho e de remuneração. (...). Resumindo podemos dizer que é tipicamente próprio da locação de serviços a centralização no credor do trabalho daquilo que se pode chamar sinteticamente de ‘gestão do trabalho’, que tem o seu corolário mais importante em uma relação de subordinação do trabalhador ao outro contratante no que se refere à prestação de trabalho; ao contrário, é próprio da locação de obra a gestão de trabalho atribuída ao trabalhador, ao qual cabem os riscos do trabalho, e, logo, a autonomia de trabalho quanto à elaboração necessária à obtenção do resultado prometido”. (grifos nossos). BARASSI, Ludovico. *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*. 2ª ed. v. 1. p. 598 e 600. Tradução nossa.

desse artigo previa que “a resolução do contrato deve ser requerida judicialmente, e pode ser concedida ao réu uma dilação segundo as circunstâncias”³⁴.

Na realidade do mundo do trabalho e na jurisprudência, no entanto, firmava-se uma solução diversa. De fato, começava a ganhar espaço e justificação, ao menos no que tange à locação de serviços por tempo indeterminado, o princípio da liberdade da cessação contratual unilateral. Em 1889, a Corte de Cassação tinha reconhecido que “pela sua índole”, o contrato em tela atribui a ambas as partes “a faculdade de se liberar do vínculo”. Esse entendimento vinha sendo plenamente acolhido pela jurisprudência dos “probiviri”, em inúmeras decisões, que afirmava a eficácia resolutiva da manifestação de dissenso unilateral como “uma exigência da natureza e função da relação de locação de serviços, freqüentemente já reconhecida e consagrada pelos costumes”³⁵.

Esse entendimento é acolhido por LUDOVICO BARASSI, com fundamento no art. 1628, do CC/1865. Esse dispositivo, como vimos, previa que “ninguém pode obrigar a própria obra em benefício alheio senão por tempo determinado ou por uma empresa determinada”. Considerando que, com base nesse artigo, a locação de serviços não pode ser por tempo indeterminado, no silêncio das partes, isto é, caso estas não tenham fixado nenhum prazo, deve-se entender que qualquer uma delas pode resilir o contrato a qualquer tempo. De fato, caso o consenso mútuo fosse necessário, dever-se-ia admitir que a relação pudesse se prolongar por tempo indeterminado, o que era vedado expressamente pela lei³⁶.

Observa-se que o autor fundamenta-se nas normas do direito positivo, isto é, na impossibilidade de as partes pactuarem a locação de serviços por tempo indeterminado. Ele invocava, ainda, em via analógica, o art. 1609, do CC/1865, que previa a possibilidade de rescisão unilateral no caso da locação de coisas (fundos urbanos). Em analogia a esse mesmo dispositivo, FRANCESCO CARNELUTTI, em 1911, defendeu a liberdade de rescisão unilateral no contrato de locação de serviços pactuado sem a definição de um prazo³⁷.

À rescisão unilateral do contrato se vinculava o instituto do aviso-prévio. De fato, a jurisprudência dos “probiviri”, em sua maioria, vinha afirmando que a cessação contratual sem motivo (“ad nutum”) deveria ser acompanhada pelo “aviso-prévio consuetudinário”. Em alguns casos, chegava a considerar esse último como uma regra de ordem pública, fazendo-a prevalecer sobre a previsão contratual que a excluísse. Assim, a parte que desejasse proceder à rescisão deveria declará-la “ex die”,

³⁴ HERNANDEZ, Salvatore. Potere disciplinare e recesso nel “contratto di lavoro” di L. Barassi. *La nascita del Diritto del Lavoro. “Il contratto di lavoro” di Lodovico Barassi cent’anni dopo: novità, influssi, distanze.* coord. Mario Napoli. Milão: V & P Università, 2003. p. 341.

³⁵ HERNANDEZ, Salvatore. Potere disciplinare e recesso nel “contratto di lavoro” di L. Barassi. p. 341.

³⁶ BARASSI, Ludovico. *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano.* 1901. p. 873.

³⁷ HERNANDEZ, Salvatore. Potere disciplinare e recesso nel “contratto di lavoro” di L. Barassi. p. 342.

isto é, “com efeito real sobre a relação jurídica não imediatamente, mas, sim, a partir de um determinado dia”, sob pena de ser obrigada a ressarcir a parte contrária³⁸.

Na primeira edição de sua obra, de 1901, BARASSI considera o aviso-prévio uma faculdade atribuída à parte que procede à rescisão contratual para “prevenir o dano”, impedindo a sua ocorrência. Nas suas palavras: “o aviso-prévio é, assim, uma faculdade alternativa concedida a cada uma das partes (...) isto é, caso se prefira proceder à rescisão com efeito imediato, devem ser ressarcidos os danos; mas se pode também recorrer a um aviso-prévio que previna e elimine os danos.”³⁹.

Todavia, na segunda edição, de 1917, o autor muda de opinião, declarando que o aviso-prévio é obrigatório: “princípio fundamental é a obrigação do aviso-prévio, o que quer dizer que a rescisão sem aviso-prévio não é mais um direito. Em sentido contrário ao que considerei outrora, penso que seja correto esse último aspecto do dilema”. O autor considera, assim, que, na ausência do aviso-prévio, a parte que sofre a rescisão tem direito a continuar prestando os seus serviços ou a continuar recebendo-os (no caso do patrão). A obrigatoriedade do aviso-prévio decorreria de três fontes jurídicas: os costumes, a equidade e a lei⁴⁰.

Na concepção do autor, a liberdade de rescisão unilateral e a eficácia real do aviso-prévio excluem a necessidade da existência de um motivo para a cessação contratual. Este, no entanto, já começava a ganhar adeptos na doutrina e aparecia, algumas vezes, nas decisões dos “probiviri”. Essa posição, no entanto, é rejeitada por BARASSI, por “não ser absolutamente defensável em nosso direito positivo”. O autor chega até mesmo a duvidar que uma futura legislação viesse a impor à cessação contratual a necessidade de uma justificação: “não creio de modo algum, todavia, que possa se modificar no sentido de uma limitação da rescisão”⁴¹.

Deve-se ressaltar, no entanto, que, ao tratar das cláusulas contratuais que limitam o poder de rescisão unilateral, o autor não coloca no mesmo plano o empregador e o empregado. De fato, considera tais previsões possíveis apenas frente ao empregador, adotando, assim, uma posição bastante moderna, no sentido da proteção ao trabalhador⁴².

Para o autor, no entanto, a existência de “motivos justos” era relevante para justificar a cessação antecipada do contrato por prazo determinado e para excluir a necessidade do aviso-prévio na resolução do contrato por tempo indeterminado. Nesse sentido, ele destaca a importância do elemento da fideiussão,

³⁸ BARASSI, Ludovico. *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*. 1901. p. 885. Tradução nossa.

³⁹ BARASSI, Ludovico. *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*. 1901. p. 887. Tradução nossa.

⁴⁰ BARASSI, Ludovico. *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*. 2ª ed. v. 2. Milão: Libreria, 1917. p. 266 e 832-833.

⁴¹ BARASSI, Ludovico. *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*. 2ª ed. v. 2. p. 837.

⁴² BARASSI, Ludovico. *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*. 2ª ed. v. 2. p. 880-881.

afirmando que os motivos devem “ter implícito o conceito de lesão da confiança recíproca das partes”. Podem consistir, assim, “na violação de outras obrigações contratuais diversas daquelas primárias e características do contrato”, como aquelas implicitamente contidas no pacto segundo a equidade, nos termos do art. 1124, do CC/1865, ou na violação “de obrigações não contratuais, mas de caráter geral, a que cada uma das partes seja obrigada não como contratante frente a contratante (logo, não por força do contrato), mas como homem frente ao próprio semelhante”⁴³.

A doutrina de BARASSI resultou, assim, na construção de um modelo diverso daquele existente no ordenamento formal, do qual o mundo da economia e a jurisprudência já advertiam a necessidade. Alguns autores, no entanto, observam que essa construção doutrinária, inspirada na realidade da indústria, acabou por atribuir “a um poder já existente uma nova justificação formal”⁴⁴. A sua importância, todavia, é inegável, pois, como ressalta SALVATORE HERNANDEZ, nela “se inspirou integralmente o legislador nos primeiros dois terços do século”, sendo que “somente a partir de 1966 (com a Lei n. 604) uma parte da representação foi modificada”⁴⁵.

1.3.3.2 Do modelo clássico à idéia de proteção contra a dispensa imotivada

O modelo clássico, acima descrito, fundava-se nos princípios liberais da igualdade formal entre os contratantes e da liberdade contratual. Todavia, a disparidade de conseqüências no exercício desse direito potestativo de resilir unilateralmente o contrato de trabalho, sem a necessidade de justificá-lo, levou vários países a abandonarem essa visão puramente civilista, criando normas de proteção ao trabalhador⁴⁶.

Assim, da concepção clássica, de cunho liberal, a evolução seguiu seu rumo para a idéia do reconhecimento das desigualdades fáticas entre os contratantes, de modo a restringir o direito do empregador em fazer cessar o pacto empregatício, mantendo-se, todavia, a liberdade do obreiro em fazê-lo. Chegou-se, destarte, à construção da idéia de se proteger a relação de emprego contra as dispensas imotivadas. Isso se concretizou na edição de normas imperativas que impõem condições e formas a serem observadas pelo empregador por ocasião da cessação do contrato de trabalho por prazo indeterminado.

⁴³ BARASSI, Ludovico. *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*. 2ª ed. v. 2. p. 867.

⁴⁴ FERGOLA, Paolo. *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*. Milão: Giuffrè, 1985. p. 50.

⁴⁵ HERNANDEZ, Salvatore. *Potere disciplinare e recesso nel “contratto di lavoro” di L. Barassi*. p. 348.

⁴⁶ MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. p. 237.

A orientação liberal cedeu lugar, assim, aos imperativos sociais relacionados à idéia de se assegurar ao obreiro o seu posto de trabalho, a sua fonte primordial, quando não única, de sobrevivência. Trata-se de uma manifestação do dirigismo contratual, típico dos Estados sociais, implementados a partir da Constituição do México, de 1917⁴⁷, e da Constituição alemã de Weimar, de 1919. Esse dirigismo, obviamente, não é exclusivo do Direito do Trabalho, manifestando-se nos diversos ramos jurídicos, inclusive no próprio Direito Civil, como bem exemplifica o Direito do Consumidor. Ele se relaciona a situações em que a presença do Estado se justifica como imperativo da ordem sócio-econômica, pois a iniciativa privada e a liberdade individual podem, por vezes, estar em conflito com a plena liberdade de contratar⁴⁸.

Ao analisar essa evolução, NELSON MANNRICH observa que “a concepção civilista de que demissão e dispensa se confundem foi abandonada mediante a introdução de limites ao poder patronal e exigência de uma causa para despedir. A revisão da liberdade contratual ocorreu pela constatação de que a dispensa corresponde a um ônus social que deverá ser suportado por todos. O fundamento e a medida da dispensa devem ter por base a utilidade social”⁴⁹.

Esse modelo de proteção, que exige a presença de um motivo juridicamente válido para a dispensa do trabalhador, começou a ser construído após a I Guerra Mundial, com o advento das Constituições sociais, mas foi consolidado depois da II Guerra, com a afirmação do Estado de Bem-Estar Social nos países capitalistas desenvolvidos. Estes vivenciaram a expansão e fortalecimento do Direito do Trabalho, que atuou como instrumento eficaz de distribuição de riqueza e de poder na sociedade. É nesse contexto que se insere a consolidação do modelo de proteção do empregado contra a dispensa imotivada.

⁴⁷ É interessante notar que a Constituição mexicana de 1917, em seu art. 123, inciso XXIII, introduziu a noção da dispensa condicionada a motivos justificados. Trata-se da “primeira garantia legal da proteção do empregado contra a dispensa pelo empregador sem justa causa”. HEPPLER, Bob. Flexibility and Security of Employment. *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*. coord. Roger Blanpain e Chris Engels. The Hague: Kluwer Law International, 1998. p. 280. Esse princípio acabou influenciando os demais países latino-americanos e alguns deles, em suas legislações, passaram a limitar o poder do empregador de rescindir o contrato de trabalho. MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. p. 245.

⁴⁸ Segundo Milton Fernandes, “o dirigismo contratual, um capítulo do grande problema contemporâneo da intervenção do Estado no domínio econômico, sempre existiu. O ajuste, mesmo em suas formas mais primitivas, nunca foi inteiramente livre”. Já conhecido pelos romanos, esse dirigismo “jamais deixou de ser aplicado. O que tem variado, de acordo com a época e as contingências internas de cada povo, é a sua intensidade. Ora mais, ora menos, o Estado, nos períodos que se seguiram, sempre dirigiu parcialmente as convenções.”. FERNANDES, Milton. *Problemas e limites do dirigismo contratual*. Belo Horizonte: UFMG, 1969. p. 03 e 43.

⁴⁹ MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. p. 566.

2 A PROTEÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO NO BRASIL

2.1 A ESTABILIDADE NO EMPREGO

2.1.1 Considerações iniciais

A estabilidade é definida por MAURICIO GODINHO DELGADO como “a vantagem jurídica *de caráter permanente* deferida ao empregado em virtude de uma *circunstância tipificada de caráter geral*, de modo a assegurar a *manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício*, independentemente da vontade do empregador.”⁵⁰.

Embora guarde semelhanças com uma figura próxima - a da garantia de emprego, denominada, impropriamente, de estabilidade provisória - dela se diferencia, em virtude de dois fatores. O primeiro é o fato de assegurar uma proteção indefinida no tempo, vez que o pacto empregatício somente poderá ser rompido em virtude de situações excepcionais, tipificadas na norma que a instituiu, ao passo que a garantia de emprego perdura somente por determinado período de tempo, estipulado na regra que a disciplina. Demais disso, a estabilidade é instituída em caráter geral, ao contrário da outra figura, que é criada em virtude de uma circunstância especial, relacionada à pessoa do obreiro.

Há de se ressaltar que tanto a estabilidade, quanto a garantia no emprego, são estabelecidas em benefício exclusivo do trabalhador, que, a qualquer momento, pode se desvincular do pacto empregatício, pois que, nas palavras de MARIO DEVEALI, “em caso contrário, chegar-se-ia a consagrar a obrigação para o trabalhador de vincular seus serviços por toda a vida a um empregador; obrigação que é expressamente proibida por algumas legislações e que desde logo contrasta com a garantia da liberdade individual.”⁵¹.

A estabilidade, consoante a lição de ARNALDO SÜSSEKIND, representa “uma segurança que não encontra similar em qualquer outra instituição do Direito do Trabalho”, constituindo a “a mais sólida garantia que se possa dar a um empregado.”⁵². A sua importância é ressaltada, com maestria, pelo juslaborista mexicano GONZÁLEZ BLANCO, nos seguintes termos:

“A estabilidade aplicada aos trabalhadores significa, em termos gerais, firmeza nas relações jurídicas e garantia do presente e do futuro, em virtude de que os homens,

⁵⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 1244.

⁵¹ DEVEALI, Mario L. *Lineamientos de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1948. p. 195. Tradução nossa.

⁵² SÜSSEKIND, Arnaldo *et al. Instituições de Direito do Trabalho*. p. 671.

de acordo com a idéia de segurança social, necessitam ter plena e real confiança no presente e estar certos de que a satisfação de suas necessidades familiares não dependerá da arbitrariedade e do capricho dos outros homens. Esta segurança é, por outro lado, a fonte da alegria e do amor pelo trabalho; não é possível exigir dos homens dedicação e esforço em suas atividades, quando a intranquilidade domina suas consciências.”⁵³

No ideário capitalista-liberal, o trabalho é visto como uma mercadoria e, nessa condição, deve-se permitir o seu deslocamento livre e desembaraçado, de acordo com as necessidades do mercado. Dentro dessa lógica, as empresas, sempre desejosas de aumentarem incessantemente seus lucros, não hesitam em substituir empregados mais antigos por trabalhadores mais novos, por vezes mais produtivos e com menor nível salarial. Daí a necessidade de intervenção e regulamentação por parte do Estado.

A estabilidade, ao menos em tese, seria também de interesse das empresas, posto que garantiria a formação de empregados especializados no exercício de suas funções, além de proporcionar um ambiente laborativo harmônico, livre da constante insegurança ocasionada pela possibilidade de se perder, a qualquer momento, o posto de trabalho, isto é, a sua fonte de sobrevivência. Todavia, observa-se, na prática, que esse raciocínio não vem prevalecendo no meio empresarial, razão pela qual se faz necessária a intervenção da legislação heterônoma estatal, para garanti-la⁵⁴.

2.1.2 Histórico da legislação brasileira sobre a estabilidade no emprego

Em 1917, foi apresentado à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 284-A, no qual constava um dispositivo que garantia que nenhum operário, após completar cinco anos de serviço, poderia ser dispensado sem um prévio processo em que restasse comprovado ter ele cometido uma infração. Esse projeto, no entanto, não foi transformado em lei⁵⁵.

Os primeiros empregados a serem beneficiados legalmente pela estabilidade foram os ferroviários, que a alcançavam após terem prestado dez anos de serviço efetivo, de acordo com o art. 42

⁵³ BLANCO, González. La Estabilidad en las Relaciones Laborales. *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1962. p. 401 *apud* RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978. p. 135.

⁵⁴ Segundo Anne Davies, “neo-institucionalistas sustentam que um controle legal sobre a dispensa beneficiaria os empregadores. Esses autores sugerem que os empregadores têm um interesse em propiciar um certo grau de segurança do emprego, porque isso vai tornar os seus empregados mais leais e, conseqüentemente, mais produtivos. A dificuldade é que os empregadores algumas vezes podem esquecer esse objetivo de longo prazo e dispensar trabalhadores para economizar em curto prazo. A lei pode exercer um papel importante ao evitar que os empregadores cedam a essa tentação”. In DAVIES, Anne C. L. *Perspectives on Labour Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 155. Tradução nossa.

⁵⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de Direito do Trabalho*. p. 667.

da Lei n. 4.682, de 24 de janeiro de 1923 (Lei Eloy Chaves), que criou as caixas de aposentadoria e pensões desses trabalhadores. No ano de 1926, foi editada a Lei n. 5.109, que estendeu o mesmo regime aos empregados das empresas de navegação marítima ou fluvial e às de exploração de portos. Em 1930, através do Decreto n. 20.465, o direito em tela foi conferido também aos empregados das empresas de serviços de transporte urbano, luz, telefone, telégrafo, águas e esgotos, e, em 1932, aos trabalhadores em serviços de mineração, por meio do Decreto n. 22.096. Com a criação dos grandes Institutos de Previdência Social, o direito à estabilidade foi conferido a outras categorias, como os comerciários (Decreto n. 24.273, de 1934) e os bancários (Decreto n. 24.615, de 1934), sendo que, para esses últimos, o tempo de aquisição do direito em tela foi reduzido para dois anos⁵⁶.

O traço comum aos diplomas acima mencionados é o fato de preverem a estabilidade como forma de garantir o custeio dos fundos previdenciários por eles instituídos, razão pela qual ela era conferida apenas aos trabalhadores beneficiados por esses fundos⁵⁷. Com efeito, apenas com a edição da Lei n. 62, de 05 de junho de 1935, a estabilidade desvinculou-se da matéria previdenciária, sendo estendida a todos os empregados, excetuados os rurícolas e os domésticos, estabelecendo-se o prazo de 10 anos para sua aquisição⁵⁸. O direito em comento adquiriu *status* constitucional através da Carta Magna de 1937, que o reconheceu em seu art. 137, alínea “j”.

Em 1º de maio de 1943, foi aprovada, por meio do Decreto-lei n. 5.452, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que uniformizou a matéria relativa à estabilidade, fixando o prazo de dez anos para a sua aquisição. No entanto, em seu art. 919, assegurou que aos bancários admitidos anteriormente à sua vigência seria mantido o prazo especial de dois anos.

2.1.3 O sistema instituído pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)

A CLT cuidou de regular, no que tange aos contratos de trabalho por tempo indeterminado, relevante sistema de proteção da relação de emprego contra as dispensas imotivadas, o qual será abaixo explicitado.

⁵⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de Direito do Trabalho*. p. 667.

⁵⁷ “Criada por motivação econômica de sustentação aos institutos previdenciários, interessados e necessitados de contribuição permanente de seus associados, o instituto nem sequer teve uma motivação social. Os empregados eram estáveis para garantia dos institutos a que pertenciam, não pela razão própria de segurança no emprego.”. SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova constituição*. p. 231.

⁵⁸ Esse diploma previa também o pagamento de indenização ao empregado em caso de dispensa injusta. *In* SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de Direito do Trabalho*. p. 45.

A estabilidade era alcançada pelos empregados que prestassem serviços para a mesma empresa por mais de dez anos. Tornando-se estável, o trabalhador somente poderia ser dispensado caso praticasse uma falta grave ou na ocorrência de uma circunstância de força maior, nos termos do art. 492 do diploma consolidado.

Não tendo sido alcançada a estabilidade, era lícito ao empregador promover a rescisão unilateral do contrato de trabalho de forma imotivada. Caso o obreiro não houvesse completado um ano de serviços prestados quando de sua dispensa, faria jus apenas ao aviso-prévio, mas, após doze meses de prestação laborativa, a sua despedida sem justa causa gerava também o direito à percepção de uma indenização de antiguidade. Esta era calculada com base na maior remuneração contratual do trabalhador multiplicada por cada ano de serviço ou fração igual ou superior a seis meses.

A CLT dispunha também, em seu art. 499, que, exercendo determinados cargos ou atividades, o empregado não teria direito à aquisição da estabilidade. Assim, sendo ele admitido para ocupar um cargo de confiança, definido pelo art. 62, poderia ser dispensado a qualquer momento, sem necessidade de motivação alguma, sendo-lhe garantido tão somente o recebimento da indenização de antiguidade, caso dispensado sem justa causa. Na hipótese de o empregado ocupar um cargo efetivo na empresa e ser promovido à função de confiança, o tempo em que a exercesse seria computado para que ele adquirisse a estabilidade em relação àquele cargo, sendo, portanto, assegurada a sua reversão. A exceção à estabilidade, ora examinada, decorria do fato de o exercício de tais cargos depender de estrita confiança depositada pelo patrão no empregado, cuja perda poderia ser ocasionada por diversos motivos e circunstâncias, por vezes imponderáveis.

A CLT, em seu art. 507, também excluía do direito à estabilidade os empregados que laborassem em consultórios ou escritórios de profissionais liberais, os quais poderiam ser dispensados imotivadamente a qualquer tempo, recebendo apenas a indenização de antiguidade. Firmou-se, no entanto, importante entendimento doutrinário, no sentido de a exclusão em comento somente se verificar caso os mencionados profissionais fossem empregadores individuais⁵⁹.

As normas relativas à estabilidade não se aplicavam aos empregados rurais e domésticos, posto que excluídos pelo art. 7º da CLT do seu âmbito de abrangência. Embora a Constituição Federal de 1946 viesse a estender a estabilidade aos rurícolas (art. 157, inciso XII), entendeu-se, à época, que essa norma dependia de regulamentação pela legislação infraconstitucional para ter aplicabilidade, o que

⁵⁹ ALMEIDA, Ísis. Estabilidade. *Curso de Direito do Trabalho: Estudos em Memória de Célio Goyatá*. coord. Alice Monteiro de Barros. v. 2. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 532-533.

veio a ocorrer somente em 1963, por meio da Lei n. 4.214, conhecida como Estatuto do Trabalhador Rural.

Restavam também excluídos da estabilidade os empregados artistas, pela interpretação do parágrafo único do art. 507, da CLT. Esse dispositivo veio a ser revogado pela Lei n. 6.533/78, que, dispondo sobre a regulamentação dessas profissões, em nada alterou aquele entendimento, o qual foi também estendido aos atletas profissionais.

Convém analisar mais detidamente as hipóteses elencadas pela lei como autorizativas da cessação do contrato de trabalho do empregado estável. A primeira delas é o cometimento de falta grave, que ocorria quando o empregado praticava os atos mencionados no art. 482 da CLT (justas causas), de modo a violar seriamente seus deveres e obrigações, seja pela natureza de tais atos ou pela sua reiteração, consoante o disposto no art. 493 do mesmo diploma. Cometida a falta grave, poderia o patrão suspendê-lo, mas deveria, no prazo decadencial de 30 dias contados da suspensão, ajuizar o inquérito judicial (art. 853).

O ônus de provar o cometimento de falta grave era atribuído ao patrão. Se a decisão final nesse processo reconhecesse a prática da falta e autorizasse a dispensa, seus efeitos retroagiriam à data da suspensão do empregado (art. 494). Se, no entanto, fosse decidido pela improcedência do pedido, era determinada a reintegração do obreiro em seu posto de trabalho, com o pagamento dos salários e contagem de tempo para todos os fins, com relação ao período em que se encontrava suspenso, considerado este como interrupção do contrato de trabalho (art. 495). A reintegração só não seria determinada caso o juiz, na análise do caso concreto, a considerasse desaconselhável, em razão da incompatibilidade resultante do litígio, especialmente quando o empregador fosse pessoa física, hipótese em que deveria ser substituída pelo pagamento em dobro da indenização de antiguidade (art. 496). Ressalte-se que essa substituição não era uma faculdade do patrão, mas, sim, uma decisão da Justiça do Trabalho, frente à manifesta incompatibilidade advinda da lide.

A CLT previa também a possibilidade de o estável pleitear o reconhecimento da rescisão indireta do contrato de trabalho, em razão de uma falta praticada pelo empregador. Reconhecida judicialmente a justa causa empresarial, o empregado veria cessado o seu contrato, fazendo jus ao pagamento em dobro da mencionada indenização.

Na hipótese de ser extinta a empresa ou o estabelecimento onde trabalhava o obreiro estável, ou de ser suprimida a atividade por ele exercida, pela ocorrência de força maior, seria cessado o seu contrato de trabalho, mas com o pagamento da indenização de antiguidade, calculada de forma simples.

Se, entretanto, tais acontecimentos fossem ocasionados em decorrência de um “factum principis”, essa indenização, em valor dobrado, deveria ser paga pelo ente público responsável.

Por outro lado, caso tais eventos não tivessem sido ocasionados por motivo de força maior, o empregado tinha direito ao pagamento em dobro da referida indenização. A força maior é conceituada de forma restritiva pela CLT (art. 501). Não basta a imprevisibilidade, deve o acontecimento ser inevitável, não tendo o empregador concorrido para sua ocorrência. Demais disso, deve ser capaz de afetar substancialmente a situação econômica e financeira da empresa.

Como vimos, a estabilidade é instituída em benefício do empregado, podendo este, portanto, a ela renunciar, demitindo-se da empresa. Entretanto, para assegurar que essa decisão não resultasse da pressão exercida pelo empregador, o pedido de demissão somente seria válido caso efetuado com a assistência do sindicato ou, na sua ausência, da autoridade local do Ministério do Trabalho ou da Justiça do Trabalho (art. 500, CLT). Ausente tal requisito, era tida como nula a extinção do pacto, sendo cabível a reintegração.

Importa mencionar, ainda, a denominada dispensa obstativa, prevista no art. 499, §3º, da CLT. Esta se configurava quando o patrão despedia o empregado com o intuito de impedir a aquisição da estabilidade e tinha por conseqüência o dever de pagar em dobro a indenização. Em se tratando de uma prova bastante difícil, os tribunais passaram a estabelecer presunções. Assim, caso a dispensa ocorresse sem um motivo razoável, e, sobretudo, às vésperas de ser completado o decênio, presumia-se o seu intuito obstativo. Esse entendimento foi consubstanciado na Súmula n. 26 do Tribunal Superior do Trabalho (TST)⁶⁰. Começa-se, portanto, a cogitar, mesmo que para o fim de se estabelecer uma presunção, da necessidade de um *motivo razoável* a justificar a dispensa do empregado não estável.

São esses, portanto, os pressupostos e formalidades exigidos por lei para a validade do rompimento do vínculo empregatício do obreiro estável. Afora as hipóteses acima elencadas, a sua dispensa era considerada nula, razão pela qual fazia jus à reintegração. Era essa a solução adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, que previa, inclusive, um mecanismo para compelir o patrão a cumprir a decisão judicial que a determinasse, qual seja, a aplicação de multa diária, além do pagamento dos salários (art. 729, CLT).

MARIO DEVEALI, certa vez, criticou as legislações de diversos países que, embora enunciassem o direito à estabilidade, na prática não o asseguravam de verdade, pois permitiam ao patrão optar entre

⁶⁰ Súmula n. 26: “Presume-se obstativa à estabilidade a despedida, sem justo motivo, do empregado que alcançar nove anos de serviço na empresa.”. Essa Súmula foi cancelada pela Resolução n. 121, de 2003, do TST.

a reintegração e o pagamento de uma indenização⁶¹. Essa crítica aplicava-se a diversos ordenamentos jurídicos em vigor à época, como o argentino, o mexicano, o cubano e o espanhol⁶². Entretanto, como vimos, não poderia ser dirigida à ordem jurídica brasileira, nos moldes estabelecidos pela CLT⁶³.

Pelo exposto, pode-se concluir que as normas da CLT garantiam relevante proteção à relação de emprego contra as dispensas imotivadas. Com efeito, até mesmo antes de adquirida a estabilidade, o empregado encontrava-se protegido em razão da existência da indenização por antiguidade, que consistia um considerável óbice de ordem econômica.

2.1.4 As críticas dirigidas ao modelo da estabilidade celetista

O instituto da estabilidade era alvo de diversas críticas desferidas pela classe patronal. Argumentava-se que prejudicava o desenvolvimento e a produtividade das empresas, às quais não era permitido dispensar o estável por motivos de ordem econômica, financeira, estrutural ou tecnológica, que afetassem verdadeiramente a vida empresarial. Com efeito, uma crise setorial, em razão da retração do consumo, ou o advento de novas tecnologias ou técnicas de organização produtiva, não se enquadrava nas hipóteses legais autorizadas da dispensa do estável. Por outro lado, argüia-se que, alcançada a estabilidade, o empregado acomodava-se, tornava-se menos eficiente e produtivo, pela certeza de que tais condutas, não configurando faltas graves, não teriam o condão de justificar o desfazimento do vínculo contratual⁶⁴.

Essas críticas eram, em parte, procedentes. Todavia, tais problemas poderiam ter sido solucionados através da modificação do instituto e não por meio de sua completa revogação, como veio

⁶¹ DEVEALI, Mario L. *Lineamientos de Derecho del Trabajo*. p. 668-670.

⁶² SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, José de Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. p. 209.

⁶³ A disciplina celetista chegou a ser invocada em outros países: um Projeto de Lei apresentado em 19 de fevereiro de 1957, na Itália, que propunha a adoção da reintegração como sanção à dispensa imotivada, continha um relatório que citava legislações estrangeiras que já a adotavam, dentre as quais a brasileira. In GRANDI, Mario. *Licenziamento e reintegrazione: riflessioni storico-critiche*. *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Milão, Giuffrè, ano XXII, n. 01, p. 03-34, 2003. p. 21-22.

⁶⁴ Aqueles que criticam a estabilidade e defendem a licitude da dispensa imotivada argumentam que esta serve como motivação para os empregados, que se dedicam mais ao trabalho para não serem despedidos. Tal argumento é desconstruído por A. Fox, na sua obra "Beyond Contract: Work, Power and Trust Relations", de 1974. Ele demonstra que, se os empregados se sentem inseguros, eles farão o mínimo que lhes é solicitado, aproveitando todas as oportunidades para o não cumprimento de suas tarefas. Assim, os trabalhadores têm um melhor desempenho em um ambiente de alta confiança: se eles sentem que o empregador confia neles para a realização de um bom trabalho, irão recompensar esta confiança trabalhando com dedicação e fazendo o melhor para a empresa. O empregador pode criar tal ambiente concedendo aos empregados maior discricionariedade, ao invés de controlá-los intensa e continuamente, e evitando situações em que eles sintam que estão sob constante ameaça de serem dispensados. Nessa perspectiva, o autor demonstra que o controle normativo sobre o poder de dispensa beneficia o próprio empregador, pois que aumenta a lealdade e produtividade de seus trabalhadores. In DAVIES, Anne C. L. *Perspectives on Labour Law*. p. 158.

a ocorrer. Em verdade, existiam outros motivos, não tão explícitos, a ensejarem a substituição desse modelo por outro, mais flexível.

Havia forte interesse de grandes empresas estrangeiras em investir seus capitais no País, criando filiais ou adquirindo empresas nacionais já existentes, entre elas as estatais. Há notícia, inclusive, de uma pesquisa promovida no Brasil pela Universidade de Harvard, no início dos anos 1960, com o objetivo de demonstrar o descontentamento do empresariado nacional com a estabilidade, caracterizada como nociva ao desenvolvimento do País⁶⁵. Ora, que interesse teria uma universidade dos Estados Unidos da América (EUA) em criticar um instituto de proteção aos direitos dos trabalhadores brasileiros? Provavelmente porque o considerava prejudicial aos interesses do capital norte-americano.

Às pressões oriundas do estrangeiro aliavam-se aquelas exercidas pelas grandes empresas nacionais, desejosas de reduzir custos trabalhistas e de propiciar um manejo flexível do contingente de mão-de-obra. Essas críticas encontraram solo fértil para florescer e se concretizar a partir da implantação do regime ditatorial no Brasil, o que ocorreu com o golpe militar de 1964, que contou também com o apoio do Governo dos EUA, segundo apontam vários autores⁶⁶.

Os militares que passaram a governar o Brasil tinham em mente um ambicioso plano de desenvolvimento econômico, através de uma política de intenso prestígio aos interesses das classes produtivas nacionais e de estímulo à entrada maciça de investimentos estrangeiros no País. Nessa ordem de idéias, as normas de proteção à relação de emprego apareciam como verdadeiros entraves, obstáculos a serem derrubados. Isso se torna patente no depoimento prestado por LUIZ VIANA FILHO, então Chefe da Casa Civil do Presidente Castello Branco, no sentido de que a existência de pesado ônus trabalhista, representado pela estabilidade, dificultava seriamente a privatização das empresas estatais e a expansão dos investimentos estrangeiros no País⁶⁷.

Observa-se que a pressão estrangeira, inclusive de organismos internacionais, no sentido da desregulamentação do Direito do Trabalho continua presente atualmente, no Brasil e nos demais países da América Latina, como destacado pelo juslaborista e magistrado do trabalho argentino RAÚL ALBERTO FERNÁNDEZ:

“(...) chegando-se ao documento do Banco Mundial sobre a reforma do Poder Judiciário na América Latina de meados dos anos noventa, que sob o pretexto de

⁶⁵ VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e Sindicato no Brasil*. 4ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 1999. p. 343-344.

⁶⁶ Vide GALEANO, Eduardo. *As Veias abertas da América Latina*. trad. Galeno de Freitas. 24ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 166-170 e BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. *O Governo João Goulart: as lutas sociais no Brasil, 1961-1964*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Revan, Brasília: UnB, 2001.

⁶⁷ BOMFIM, B. Calheiros. *Fundo de Garantia*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1979. p. 09.

assegurar um Poder Judiciário justo e eficiente, de promover o desenvolvimento do setor privado, estimular o aperfeiçoamento de todas as instituições e aliviar as injustiças sociais, propiciava a eliminação da Justiça do Trabalho como a concebemos na atualidade. Prova disso é que no Projeto de Desenvolvimento do Juizado Modelo (PROJUM) implantado na Argentina com financiamento do Banco Mundial (PRESTAMO BIRF 4314-AR), que colocou em funcionamento uma experiência piloto em tribunais de diferentes foros e jurisdições, não foi incluído nenhum juizado ou tribunal pertencente à Justiça do Trabalho.”⁶⁸.

2.2 A INSTITUIÇÃO DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO (FGTS)

2.2.1 O sistema introduzido pelo FGTS

Nesse contexto de tendências liberalizantes na economia e totalizantes na política, foi idealizado e moldado o sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), instituído pela Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966. É interessante observar que a sua edição foi marcada por um viés nada democrático, pois não passou pelo crivo do Congresso Nacional. Com efeito, era o que ocorria com todos os projetos de iniciativa do Presidente da República que não eram deliberados pelo Parlamento no exíguo prazo previsto no art. 54, §1º, da Constituição Federal de 1967.

A validade jurídica dessa lei encontrava fulcro na Constituição Federal de 1967, que, em seu art. 158, XIII, previa a possibilidade da opção entre os dois regimes, isto é, entre o tradicional da CLT, que assegurava a estabilidade, e o do FGTS.

O próprio nome do instituto é, em verdade, um engodo, posto que, em substituição à estabilidade – esta, sim, capaz de garantir a permanência do trabalhador em seu emprego - conferia ao patrão o direito potestativo de dispensar imotivadamente o obreiro, qualquer que fosse o seu tempo de serviço. Pelo sistema fundiário, o empregado jamais alcançaria a estabilidade, podendo ser despedido, de forma arbitrária, a qualquer momento.

Pelas novas regras, o empregador deveria recolher, a uma conta em nome do empregado, uma quantia mensal, calculada no percentual de 8% incidente sobre a remuneração a este devida. O conjunto de todos os depósitos feitos nas contas vinculadas formava o Fundo em tela, cuja gestão foi atribuída ao Banco Nacional de Habitação (BNH). A constituição do Fundo era de grande interesse do Governo, pois lhe permitia captar amplos recursos financeiros, destinados à realização de seus programas sócio-econômicos, sem recorrer a medidas de impacto inflacionário, como a emissão de

⁶⁸ FERNÁNDEZ, Raúl Alberto. *A internalização do Direito do Trabalho. Avanços e possibilidades do Direito do Trabalho*. coord. Luiz Alberto de Vargas e Ricardo Carvalho Fraga. São Paulo: LTr, 2005. p. 100.

papel-moeda. A principal finalidade desses recursos era, portanto, o investimento em projetos habitacionais, de modo a evitar “pressões sociais, pois quem tem moradia, propriedade sua, fica mais conservador”, conforme observado, de forma perspicaz, por CATHARINO⁶⁹.

Com efeito, tornando-se um “dominus”, o homem interessa-se menos pela mudança do regime sócio-econômico vigente, fundado na propriedade privada. Esse programa, no entanto, em razão de uma série de distorções, que não cabe serem examinadas nessa sede, não atingiu o seu objetivo, que era o de garantir o acesso à moradia à larga parcela da população que dela necessitava⁷⁰.

Há de se ressaltar que a idéia de se criar um fundo para investimentos em projetos sociais é louvável. O que se critica não é a instituição do FGTS em si, mas o fato de ele ter sido utilizado para enfraquecer a proteção à relação de emprego. Esta pode perfeitamente coexistir com o referido fundo, o que é comprovado pelo fato de ambos terem sido previstos pela Constituição Federal de 1988 como direitos independentes dos trabalhadores, como veremos adiante.

2.2.2 A falácia da opção

O sistema fundiário apresentava-se, de forma falaciosa, como uma opção conferida ao empregado. No momento da celebração do contrato de trabalho, este poderia escolher se o pacto seria regido pelas normas celetistas, que lhe garantiriam a estabilidade, ou pelas regras instituídas pela Lei n. 5107/66, que lhe negavam esse direito. Considerava-se, portanto, a autonomia da vontade em seu sentido abstrato, pois que, na prática, não havia escolha alguma para o empregado: ou “optava” pelo FGTS, em cláusula que já vinha escrita no instrumento contratual, ou se resignava a permanecer desempregado. Trata-se de um verdadeiro retrocesso na construção do Direito do Trabalho, que, ao longo da história, afastou-se de sua matriz civilista, cujo pressuposto é o da igualdade formal das partes, para buscar a igualdade concreta, a partir do reconhecimento das disparidades sócio-econômicas e das limitações reais à vontade obreira.

Essa opção, qualificada por MOZART VICTOR RUSSOMANO como “a maior mentira jurídica da história do direito”⁷¹, também se estendia aos empregados cujos contratos já se encontravam em curso

⁶⁹ CATHARINO, José Martins. *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho*. v. 2. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1972. p. 676.

⁷⁰ BOMFIM, B. Calheiros. *Fundo de Garantia*. p. 23.

⁷¹ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 14 out. 1976 *apud* BOMFIM, B. Calheiros. *Fundo de Garantia*. p. 15.

quando da edição do diploma em tela. Assim, eles passaram a sofrer grande pressão para optar, retroativamente, pelo sistema fundiário, só podendo opor alguma resistência os que já eram estáveis.

A virtualidade dessa opção era tão evidente que a Lei n. 6.185/74, ao regular a admissão pela União Federal de trabalhadores pelo regime contratual celetista, ordenou que a eles se aplicassem, automaticamente, as normas relativas ao FGTS, eliminando a formalidade da “opção”⁷².

2.2.3 As supostas vantagens trazidas pelo sistema fundiário

É interessante a leitura da exposição de motivos da Lei n. 5.107/66. Em diversos momentos, ela afirma ser mais vantajosa do que a CLT, pois impediria a dispensa do trabalhador antes de completado um ano de serviço, momento em que adquiria o direito à indenização, e, principalmente, antes dos dez anos, quando se alcançava a estabilidade. O objetivo, por ela enunciado, era impedir “a alta rotatividade de mão-de-obra não qualificada, tão indesejável sob todos os pontos de vista.”⁷³. Na realidade, porém, o que ocorreu foi exatamente o oposto, isto é, o grande aumento dessa rotatividade.

Na verdade, a exposição demonstra uma completa abstração da realidade. Chega a afirmar que a estabilidade não poderia ser imposta pela lei, pois criava atritos entre empregados e empregadores, mas deveria ser alcançada pela compreensão recíproca, por parte dos atores sociais, de que cada um necessita do outro. Ora, o ideal é realmente que as pessoas cumpram seus deveres de forma espontânea, só que a experiência dos séculos nos revela que as sociedades humanas não funcionam apenas assim. As pessoas têm interesses diversos, por vezes conflitantes, cabendo ao Direito buscar a sua harmonização, atribuindo a elas prerrogativas e, correlatamente, deveres, que devem ser coercitivamente cumpridos, sob pena de se inviabilizar a convivência social. Não se pode esperar que o empregador atenda, espontaneamente, aos interesses dos obreiros, porque são, invariavelmente, contrários aos seus. Não é possível prescindir-se do Direito e da sua regulação imperativa. Ou os redatores da referida exposição eram muito ingênuos, ou pensavam que o eram os seus leitores.

O novo sistema apresentava algumas vantagens em relação ao previsto na CLT. Primeiramente, era conferido ao trabalhador optante o direito de, no curso do contrato, sacar as quantias depositadas para aquisição de moradia própria, preenchidos os requisitos legais. No sistema fundiário, o empregado, se dispensado sem justa causa, teria direito ao saque dos valores depositados, acrescidos de

⁷² VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *O novo FGTS. Curso de Direito do Trabalho: Estudos em Memória de Célio Goyatá*. coord. Alice Monteiro de Barros. v. 2. 3^a ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 557.

⁷³ Exposição de Motivos da Lei n. 5.107/66. In BOMFIM, B. Calheiros. *Fundo de Garantia*. p. 35.

uma multa de 10% sobre estes. Entretanto, poderia também efetuar esse levantamento, sem o recebimento da multa, caso se aposentasse ou falecesse, hipótese em que caberia aos seus dependentes fazê-lo. O mesmo ocorria no caso de se demitir ou ser dispensado por justa causa, desde que atendidas as restrições e as hipóteses previstas legalmente. Isso se contrapunha ao sistema celetista, em que o empregado só teria direito ao recebimento da indenização por antiguidade após um ano de serviço e somente na hipótese de dispensa sem justa causa.

Afirmava-se também que o FGTS daria ao trabalhador maiores garantias no recebimento das verbas indenizatórias advindas da dispensa imotivada, vez que seus valores, com exceção da multa de 10%, já se encontrariam depositados na conta vinculada. Não seria necessário, portanto, um longo processo de execução, cujo êxito dependia da existência e suficiência de bens da empresa. Na prática, entretanto, não restou solucionado o problema, pois que não raro os patrões, ao longo do contrato, deixam de pagar as verbas trabalhistas devidas, entre elas o próprio recolhimento do FGTS, o que somente vem a ser contestado pelo empregado quando não mais subsiste a relação de trabalho. Chega-se às mesmas dificuldades acima mencionadas, relativas à execução do crédito obreiro.

Havia uma intensa propaganda oficial que mostrava o FGTS como um sistema mais vantajoso, para estimular a opção. Esta poderia ser feita a qualquer tempo, pois a Lei n. 5.107/66 estabelecia o dever de realizar os depósitos, com relação a todos os empregados, inclusive os não optantes. Não obstante trazer alguns benefícios, como vimos, o novo sistema, em seu conjunto, era desvantajoso, pois reduzia consideravelmente a garantia da continuidade da relação de emprego, que assegura ao obreiro a permanência da fonte de subsistência própria e de sua família, além da aquisição do direito a uma aposentadoria.

Com a instituição do sistema fundiário, as empresas obtiveram as vantagens por elas almejadas. Não havendo mais a possibilidade de alcançar a estabilidade, o empregado optante poderia ser dispensado, a qualquer momento, de forma imotivada. Redução de custos, política de rejuvenescimento do quadro de pessoal, retração dos negócios, represália a atitudes reivindicatórias, qualquer causa poderia ensejar a dispensa, independentemente do tempo de serviço do empregado.

Além disso, os custos da dispensa foram reduzidos sensivelmente. O sistema dos recolhimentos mensais possibilitava que eles fossem computados nas despesas operacionais normais da empresa, sendo repassados, obviamente, para os bens e serviços produzidos. Constatou-se também que os depósitos, acrescidos da multa de 10%, eram, invariavelmente, inferiores ao valor da indenização por antiguidade prevista na CLT, não obstante constar da exposição de motivos da Lei n. 5.107/66 que

seriam iguais ou, até mesmo, superiores⁷⁴. Essa equivalência, embora fosse também proclamada pela Constituição Federal de 67/69, em seu art. 165, XIII, revelou-se de tal maneira inexistente na prática, que forçou o TST a sumular entendimento sobre o assunto, infelizmente contrário aos interesses operários⁷⁵.

Outro aspecto a ser observado é que a Lei n. 5.107/66, em sua redação original, estipulava uma progressão nas taxas anuais de juros incidentes sobre os depósitos do FGTS, em razão do tempo de serviço do empregado. Essa progressão foi eliminada pela Lei n. 5.705/71, passando a vigorar tão somente a taxa de 3%, independentemente do tempo de serviço, o que tornou ainda menos oneroso o exercício arbitrário da liberdade de rescisão unilateral do contrato empregatício pelas empresas.

A opção pelo sistema fundiário, que, em verdade, era exercida pelo empregador, aliada a uma intensa propaganda oficial, que tentava iludir os trabalhadores de que o novo sistema era mais vantajoso, propiciou a sua rápida ampliação. Conforme notícia PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA, após 10 anos da existência e aplicação do FGTS apenas 11% dos trabalhadores brasileiros eram não optantes⁷⁶.

2.2.4 As conseqüências advindas da instituição do FGTS

A expansão vertiginosa do sistema do FGTS trouxe consigo diversas conseqüências. A extinção dos limites jurídicos à dispensa e a significativa redução dos óbices de ordem econômica, propiciadas pelo modelo fundiário, ocasionaram uma enorme rotatividade de mão-de-obra no mercado de trabalho, agravando o problema do desemprego⁷⁷. Tornava-se cada vez mais remota a possibilidade de o trabalhador se integrar verdadeiramente à vida da empresa e construir uma carreira profissional, princípio assegurado pelo art. 165, V, da Constituição Federal de 67/69. Ao contrário, contribuía-se para a formação de um contingente cada vez maior de trabalhadores carentes de especialização, o que,

⁷⁴ O recolhimento do FGTS, como vimos, incidia sobre a remuneração mensal do obreiro, enquanto que a indenização de antiguidade era calculada com base na maior remuneração contratual. Em razão dos freqüentes reajustes salariais, comuns na época, em virtude da inflação, a superioridade do valor dessa última era, muitas vezes, bastante significativa, tornando, assim, mais elevado o montante da indenização celetista.

⁷⁵ Súmula n. 98: “A equivalência entre os regimes do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e da estabilidade prevista na CLT é meramente jurídica e não econômica, sendo indevidos valores a título de reposição de diferenças.”

⁷⁶ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito do Trabalho e Fundo de Garantia*. São Paulo: LTr, 1978. p. 09.

⁷⁷ “Só no município de São Paulo as dispensas aumentaram de 74,4% para 179,6% no decurso do período de 1964-1971. No setor de transportes e comunicações, as taxas são ainda mais elevadas, pois triplicaram. Nos bancos e no comércio, duplicaram-se.” SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova constituição*. p. 238.

além de prejudicar o desenvolvimento da economia nacional, favorecia a pactuação de condições de trabalho menos benéficas ao empregado.

Há que se observar que a liberalização das dispensas arbitrárias, proporcionada pelo modelo do FGTS, gerou a diminuição no nível de remuneração dos trabalhadores, ao possibilitar às empresas a contratação de mão-de-obra por preços cada vez mais baixos⁷⁸.

O poder ilimitado de se dispensar arbitrariamente transformou o empregador no “detentor do contrato de trabalho”, nas palavras de PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA⁷⁹. Temeroso de perder seu emprego, o que, sob a égide do sistema fundiário, pode vir a ocorrer a qualquer momento e sem razão alguma, o trabalhador acata, de modo subserviente, todas as ordens patronais, por mais ilegais e abusivas que sejam.

Do mesmo modo, o empregado não ousa questionar o descumprimento de seus direitos, nem perante a empresa, e, muito menos, na Justiça do Trabalho. Não é por acaso que o número de ações trabalhistas ajuizadas durante o curso do contrato de trabalho é praticamente zero⁸⁰. Como observa MÁRCIO TÚLIO VIANA, o empregado somente recorre à Justiça após perder o emprego e, “mesmo assim, correndo o risco de ser incluído nas listas negras que circulam entre as empresas.”⁸¹. Mas o socorro vem tardio e a Justiça não é capaz de remediar todos os males, pois que se defronta o trabalhador com o problema da prescrição dos seus direitos. Demais disso, encontrando-se já desempregado, o obreiro, face à premente necessidade de obtenção de recursos, aceita celebrar em juízo acordos em valores inferiores àqueles realmente devidos.

A ausência da proteção à relação de emprego tem reflexos negativos também no que tange ao movimento sindical. O sindicato tem papel de grande relevo, não somente na luta pela conquista de novos direitos, mas também na garantia da eficácia dos já existentes. Para tanto, necessita ser forte, dotado de grande poder de negociação e barganha, o que, por sua, vez, requer a participação ativa dos seus representados.

Entretanto, a inexistência de verdadeiras garantias à manutenção do vínculo empregatício inibe o trabalhador de participar ativamente do movimento sindical, o que acaba por enfraquecê-lo. Afinal, para a empresa não é conveniente manter em seus quadros empregados engajados em reivindicações

⁷⁸ VIANA, Márcio Túlio (coord.), FILHO, Luiz Phillipe Vieira de Melo, HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira, JÚNIOR, José Eduardo de Resende Chaves, RENAULT, Luiz Otávio Linhares, REZENDE, Alaor Satuf. *Teoria e Prática da Convenção 158*. São Paulo: LTr, 1996. p. 18.

⁷⁹ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito do Trabalho e Fundo de Garantia*. p. 13.

⁸⁰ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito do Trabalho e Fundo de Garantia*. p. 63.

⁸¹ VIANA, Márcio Túlio. *Convenção Coletiva de trabalho. Acordo coletivo. Contrato coletivo. Curso de Direito do Trabalho em homenagem ao Professor Arion Sayão Romita*. coord. Gustavo Adolpho Vogel Neto. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 570.

contrárias aos seus interesses, sobretudo sendo tão fácil a sua pronta substituição. A Lei n. 5.107/66, em seu art. 24, estendeu tão somente aos dirigentes sindicais a estabilidade que retirava do restante dos trabalhadores e, mesmo assim, limitada ao final do respectivo mandato. De nada adianta gozarem dessa proteção somente os líderes, pois que poder algum terão sem o apoio dos demais membros da categoria. Assim, o sistema fundiário, ao propiciar o enfraquecimento dos sindicatos, retirou dos trabalhadores uma arma fundamental na luta pela efetividade de seus direitos.

Com efeito, percebe-se claramente, nos dias atuais, que a pressão pela melhoria das condições laborativas, através, por exemplo, de greves, é exercida pelos trabalhadores que gozam efetivamente da proteção em comento, isto é, pelos servidores públicos, a quem a Constituição Federal de 1998, em seu art. 41, concedeu a estabilidade. É até mesmo irônico: os empregados a que a Carta Magna garante o direito de greve (art. 9º), como instrumento de fundamental importância na luta por suas reivindicações, não o exercem, temerosos de serem dispensados pelos patrões. Por outro lado, os servidores públicos que, de acordo com a interpretação adotada até pouco tempo atrás pelo STF, não podiam exercer esse direito, dada a inexistência de lei regulamentadora (art. 37, VII, da CF/88), é que realmente se engajam nos movimentos sindicais e realizam greves⁸². Nos últimos tempos, até mesmo os servidores militares, a quem são vedadas a sindicalização e a greve (art. 142, IV, da CF/88), exercem-na como forma de pressão pela melhoria de suas condições de trabalho⁸³.

2.2.5 A violação aos princípios do Direito do Trabalho e do Direito comum

A ausência de uma proteção significativa e eficaz contra a dispensa imotivada subverte os princípios basilares do Direito do Trabalho. A violação mais evidente é, por óbvio, a do princípio da continuidade da relação de emprego. A imperatividade das normas trabalhistas e a indisponibilidade

⁸² Recentemente, em virtude da mudança em sua composição, o STF mudou de entendimento, no julgamento de alguns mandados de injunção (v.g., MI n. 670/ES, MI n. 708/DF e MI n. 712/PA). Conferiu-se efetividade ao direito de greve do servidor público, que deve exercê-lo nos termos da Lei n. 7.783/89 (que regula a greve no setor privado), enquanto não for editada lei específica.

⁸³ Uma outra razão apontada por Giulio Prosperetti, analisando a realidade italiana, para explicar o número notavelmente maior (e crescente) de greves no serviço público com relação aos demais setores, concerne à peculiaridade de que esse serviço deve necessariamente ser produzido/prestado no local em que será usufruído. Em outras palavras, enquanto a possibilidade de que uma indústria resolva se transferir para um outro país onde os custos são menores desencoraja os seus trabalhadores de pressionarem por seus direitos, realizando greves, o mesmo não ocorre nos serviços públicos, nos quais não pode ocorrer essa dissociação entre o local de sua produção (v.g., um país em desenvolvimento) e o de sua fruição (no caso, a Itália). In PROSPERETTI, Giulio. *Lo sciopero virtuale. Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, Milão, Il Sole 24 Ore, n. 04, p. 323-332, abr. 2000. p. 323-324.

dos direitos obreiros também restam aviltadas, posto que os direitos assegurados pela ordem jurídica, na prática, não são concretamente exercidos pelo empregado.

O princípio da inalterabilidade contratual lesiva torna-se um enunciado vazio, frente às modificações contratuais livremente efetuadas pelo patrão, em detrimento do empregado. Assim, o “*ius variandi*” extraordinário, em verdade, ordinariza-se, extrapola as exceções previstas em lei, sem que a isso possa o obreiro opor seu “*ius resistentiae*”, temeroso de perder sua fonte de subsistência⁸⁴.

De fato, como nota o professor espanhol MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “ainda que o poder diretivo e o poder de dispensar sejam juridicamente distintos, cabe observar uma certa funcionalização do segundo em relação ao primeiro, em uma linha de reforço do poder de dispensa a serviço de um uso ‘legítimo’ do poder diretivo”⁸⁵. JORGE LUIZ SOUTO MAIOR, por sua vez, nota que:

“A facilidade jurídica conferida aos empregadores para dispensarem seus empregados provoca uma grande rotatividade de mão-de-obra, que tanto impulsiona o desemprego quanto favorece a insegurança das relações trabalhistas, e, ainda, fragiliza a situação do trabalhador, provocando a precarização das condições de trabalho. (...) a dispensa imotivada de trabalhadores, em um mundo marcado por altas taxas de desemprego, que favorece, portanto, o império da ‘lei da oferta e da procura’ e que impõe certamente aos trabalhadores condições de trabalho subumanas e diminuição de suas garantias e salários, agride a consciência ética que se deve ter para com a dignidade do trabalhador e, por isso, deve ser, eficazmente, inibida pelo ordenamento jurídico”⁸⁶.

O historiador francês JACQUES LE GOFF, ao analisar as relações de trabalho na época da Revolução Industrial, destaca a “arma terrível da dispensa”. Naquela época, caracterizada pelo “desemprego endêmico, sempre um sinônimo de drama para as suas vítimas”, o patrão não hesitava “em colocar na rua, sem nenhuma forma de procedimento, sem indenização, às vezes com um curto aviso-prévio, todos os empregados excedentários, condenados à miséria”. O art. 1780, do Código Civil

⁸⁴ Sobre o direito de resistência, vide VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996. p. 395-400. Nelson Mannrich ressalta que “a dispensa *ad nutum* representa verdadeira ditadura contratual.”. MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. p. 567.

⁸⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. Poder de dirección y derecho contractual. *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y practica*, Madrid, La Ley, n. 02, p. 111-138, 2005. p. 116. Tradução nossa.

⁸⁶ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 30, n. 116, p.110-125, out./dez. 2004. p. 110 e 125.

Napoleônico, “abria, bem largas, as portas da dispensa”, ao rezar que “a locação de serviços celebrada sem determinação de prazo pode sempre cessar pela vontade de uma das partes contratantes”⁸⁷.

Segundo o autor, esse dispositivo servia “ainda melhor à ordem disciplinar da empresa, ao fazer pairar sobre o operário a ameaça permanente da dispensa. ‘Insuficiência profissional, ineficácia, preguiça, má índole, falta de respeito, greve...’, tudo ou quase tudo pode se tornar um pretexto para a dispensa”. Assim, “se manifesta em sua plenitude o poder absoluto do patrão, mestre e possuidor do destino dos seus operários. Não lhe importam as conseqüências da sua decisão! Ele só conhece um corpo julgado em razão apenas da sua eficácia”. Desse modo, o operário permanecia “condenado a uma total insegurança jurídica, vítima da pior das injustiças”⁸⁸. Essa situação, vigente na época da Revolução Industrial, infelizmente não se difere muito daquela presente nos países que não asseguram uma efetiva proteção contra a dispensa imotivada, como é o caso do Brasil.

Até mesmo princípios de Direito comum não são respeitados. Com efeito, o empregador utiliza os serviços prestados pelo trabalhador para auferir os seus lucros, sem que reste constrangido, nem mesmo pelo Poder Judiciário, a efetivar a contraprestação devida, em virtude da prescrição, ou, no máximo, sendo compelido a efetuar a menor, face aos acordos irrisórios. Assegura-se, portanto, o enriquecimento ilícito do patrão, aumentando-se, ainda mais, as diferenças sócio-econômicas existentes. Ao se garantir o rompimento arbitrário do vínculo empregatício, isto é, sem qualquer justificativa socialmente aceitável, acolhe-se o abuso de direito, em desrespeito ao princípio da boa-fé contratual. Nesse sentido, trazemos à baila as lições do professor português JOSÉ JOÃO ABRANTES:

“A boa fé representa um critério de conduta de cada um dos sujeitos da relação obrigacional, um ‘arquétipo de conduta social’, caracterizado no essencial pela lealdade e fidelidade à palavra dada, pelo respeito devido às legítimas expectativas dos outros interessados na relação, pela atuação conforme às regras de procedimento honesto, esmerado e diligente – por outras palavras, pela atuação em conformidade com ‘as exigências profundas da natureza das coisas, da justiça, da lealdade’. É nesse clima que aqueles sujeitos devem desenvolver a sua convivência, cumprindo, não só o conteúdo estrito do contrato, mas ainda tudo aquilo que, em cada caso concreto, é imposto pelos referidos valores de ordem ética. Numa palavra, eles devem proceder como pessoas de bem. (...) Em síntese, este princípio significa que tanto um como o outro deverão abster-se de assumir quaisquer atitudes que possam acarretar prejuízos gratuitos à contraparte. É este o sentido geral que tem a boa fé enquanto *regra de conduta*.”⁸⁹.

⁸⁷ LE GOFF, Jacques. *Du silence à la parole. Droit du Travail, Société, État (1830-1985)*. Quimper: Calligrammes, Quimperlé: La Digitale, 1985. p. 37-38. Tradução nossa.

⁸⁸ LE GOFF, Jacques. *Du silence à la parole*. p. 38. Tradução nossa.

⁸⁹ ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 178.

Trata-se, portanto, de um princípio geral que preside o exercício de direitos e o cumprimento de obrigações, inclusive no contrato de trabalho. A dispensa arbitrária do empregado, - privando-o do seu posto de trabalho e fonte de subsistência, sem qualquer motivo plausível -, viola o princípio da boa-fé. Cumpre notar que este é previsto expressamente pelo Código Civil de 2002, em seu art. 422, cuja aplicação ao contrato de trabalho tem fundamento no art. 8º, parágrafo único, da CLT. Como expõe magistralmente LUIZ OTÁVIO LINHARES RENAULT, o Código Civil de 2002, ao consagrar a função social do contrato e os princípios da probidade e boa-fé contratuais, em seus arts. 421 e 422, pode ser invocado, com fulcro no referido preceito celetista, para proibir a dispensa arbitrária do empregado:

“Ao contrato de trabalho nem sempre se reconheceu a sua integral função social. Apesar disto, é bem possível que não exista outra espécie de contrato que desempenhe, isoladamente ou em conjunto, uma função social tão relevante como o contrato de trabalho, e do qual indiretamente talvez dependam tantos outros contratos (...). Pois bem, se está assente no novo Código Civil que a liberdade de contratar deve ser praticada em consonância com os fins sociais do contrato, impulsionada pela boa-fé e pela probidade, é chegada a hora de se colocar em prática a antiga fórmula justralhista que pretende se exija do empregador a apresentação de um motivo socialmente justificável para a rescisão do contrato de trabalho (...). Tudo isso pode ser realizado sem muito protecionismo e sem engessamento da atividade econômica, pois o que se está exigindo é uma motivação social para a rescisão (...). O empregado poderá ser mais autêntico, menos subserviente e a democracia chegará à empresa naturalmente e bem mais rapidamente do que se pensa, com repercussões altamente positivas (...). Não permitir a separação de perspectivas contratuais, civil e trabalhista, com a valorização de sua função social, é dar corpo ao art. 8º, da CLT, que prevê o direito civil como fonte subsidiária do direito do trabalho (...). Eis aí o novo Código Civil e a velha CLT, redesenhando um moderno contrato de trabalho, livre do autoritarismo e do ilimitado poder potestativo do empregador, e onde a garantia de emprego é possível.”⁹⁰.

A doutrina espanhola também sustenta a plena aplicabilidade do princípio da boa-fé no âmbito trabalhista, especialmente para impedir o exercício arbitrário do poder empregatício. Confira as palavras de MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER:

⁹⁰ RENAULT, Luiz Otávio Linhares. O novo Código Civil, a proteção ao emprego e o velho contrato de trabalho. *Novo Código Civil e seus desdobramentos no Direito do Trabalho*. coord. Emerson José Alves Lage e Mônica Sette Lopes. São Paulo: LTr, 2003. p. 123 e 125-127. No mesmo sentido, manifesta-se Jorge Luiz Souto Maior, que invoca a noção de abuso de direito e o princípio da boa-fé (arts. 187, 421, 422 e 472, do CC/2002), concluindo que, mesmo que não existisse o art. 7º, I, da CF/88, sobre o qual falaremos adiante, já poderia ser defendida a proibição da dispensa arbitrária em nosso ordenamento jurídico, com fundamento nas normas citadas. MAIOR, Jorge Luiz Souto. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT. p. 112.

“Nessa linha de conectar poderes do empresário com direitos do trabalhador, da boa-fé se extraíram deveres empresariais que geram direitos como os de promoção profissional, de adaptação do trabalhador à formação, que adquiriu maior importância pela variabilidade de sistemas produtivos que provoca a obsolescência da formação profissional do trabalhador (...). Em suma, os instrumentos do direito contratual (proteção novatória, boa-fé, abuso de direito, direitos da personalidade, proteção da confiança, etc.) podem subministrar ao trabalhador critérios de equidade contratual que neutralizem os excessos na situação de sujeição do trabalhador, e em especial a boa-fé é chamada a delimitar as posições ativas e passivas de trabalhador e empresário, e para reconduzir a seus justos limites o poder diretivo.”⁹¹.

Na doutrina italiana, LUISA GALANTINO, acerca dos princípios da correção e da boa-fé, previstos nos arts. 1175 e 1375, do Código Civil de 1942, respectivamente, afirma que eles “impõem uma série de obrigações positivas ou negativas, especiais ou gerais – inclusive não previstas pela lei ou pelo contrato – que visam a realizar o interesse contratual da outra parte ou, de todo modo, a evitar lhe causar dano, e a realizar a finalidade à qual tende a relação”⁹².

Como veremos, nos EUA, a jurisprudência (“common law”) considera a dispensa injusta se viola o pacto de boa-fé, lealdade e correção, que se entende presente em todo contrato de trabalho. No Japão, antes do surgimento das normas legais de proteção contra a dispensa, a jurisprudência desenvolveu e consagrou na matéria a proibição do abuso do direito pelo empregador, considerando a dispensa inválida se ausente uma razão objetivamente racional e socialmente aceita. Na Alemanha, a jurisprudência também aplica o princípio da boa-fé (art. 242, do BGB) em matéria de dispensa, que se entende violado quando esta é efetuada sem um motivo objetivo e relevante.

Por fim, resta violado o próprio princípio basilar do Direito do Trabalho, que constitui, simultaneamente, a razão de sua criação e a sua maior aspiração: o princípio da proteção. O surgimento desse ramo jurídico foi inspirado pela idéia de se instituir mecanismos jurídicos de proteção ao trabalhador, no contexto da relação de emprego, de modo a reduzir, o quanto possível, as desigualdades sócio-econômicas fáticas que o distanciam do empregador. É esse o objetivo maior do Direito do

⁹¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. Poder de dirección y derecho contractual. p. 127. Tradução nossa. O recurso a esses princípios do Direito Civil, embora possa ser bastante útil, não deixa de encerrar certa contradição. De fato, o Direito do Trabalho foi criado exatamente porque as normas do Direito Civil não eram adequadas e suficientes para reger as relações de trabalho. Todavia, com o passar do tempo, o Direito Civil foi se fortalecendo (v.g., adoção de normas imperativas, relativização do princípio da igualdade formal e da obrigatoriedade dos contratos, etc.), como bem demonstra o Direito do Consumidor, e o Direito do Trabalho se enfraquecendo, por meio da desregulamentação (seja alterando as normas, seja alterando a sua interpretação), de modo que, atualmente, torna-se interessante recorrer a instrumentos previstos pelo Direito Civil.

⁹² GALANTINO, Luisa. I profili giulavoristici della qualità. *Qualità e rapporto di lavoro*. coord. Luisa Galantino. Milão: Giuffrè, 1995. p. 28.

Trabalho, devendo, portanto, servir de inspiração à criação das normas jurídicas, bem como orientar a sua interpretação e aplicação. É o que nos ensina, com maestria, o juslaborista uruguaio AMÉRICO PLÁ RODRIGUEZ:

“O princípio de proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador. Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.”⁹³

No mesmo sentido são as lições de FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI:

“Todo o Direito do Trabalho é ordenado caracteristicamente a esse fim, à tutela da liberdade, ou melhor, da própria personalidade humana do trabalhador (...). Para realizá-la não bastam as tutelas comuns do Direito privado, informadas pelo conceito de igualdade dos indivíduos, que aqui não encontra correspondência na realidade econômica e social, mas são necessários institutos peculiares, sem aplicação nem recorrência em nenhuma das outras relações patrimoniais, e são necessárias também as tutelas do Direito público.”⁹⁴

Se o instituto da estabilidade revelava-se problemático, merecia então ser reformado pelo legislador, e não simplesmente expurgado da ordem jurídica. A instituição do sistema do FGTS, ao simplesmente eliminar os mecanismos de efetiva proteção da relação de emprego, ocasionando os efeitos nefastos acima narrados, vai de encontro ao cerne do Direito do Trabalho, ao ideal de proteção do trabalhador por este propugnado.

⁹³ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. p. 28. O juslaborista argentino Raúl Alberto Fernández também ressalta que “o princípio protetor constitui a razão de ser do Direito do Trabalho não sendo possível conceber uma legislação trabalhista sem aquele”. FERNÁNDEZ, Raúl Alberto. *A internalização do Direito do Trabalho*. p. 97. A Corte de Cassação italiana, por sua vez, já decidiu que “o *favor laboratoris*, que constitui um princípio geral do ordenamento e inspira os princípios da Constituição em tema de relações econômicas, visa equilibrar o aspecto do conteúdo da relação de trabalho, de modo que a exterioridade da forma contratual, enquanto convenção paritária entre as partes que se sobrepõe à realidade econômica, não faça prevalecer a condição do contratante mais forte (empregador), permitindo, assim, a legalização jurídica de uma estrutura comutativa iníqua; esse *favor* é, além disso, justificado pela constatação de que, em matéria de trabalho, a autonomia contratual (art. 1322, CC) não é adequada à tutela do trabalhador porque não é idônea a determinar um resultado equilibrado dos interesses opostos dos contratantes, de modo que, se não interviesse um critério externo de correção, o contrato de trabalho consagraria muito freqüentemente uma desproporção entre a prestação de trabalho e a sua contrapartida econômica.”. Decisão da Corte de Cassação n. 5977, de 29 de novembro de 1985, Maffezzoli v. Comune di Verona. *Il Massimario del Foro Italiano*, Roma, Il Foro Italiano, v. LIV, ano de 1985, p. 1102-1103, 1986. p. 1102. Tradução nossa.

⁹⁴ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Nozioni di Diritto del Lavoro*. 19^a ed. Nápoles: Dott. Eugenio Jovene, 1967. p. 11-12. Tradução nossa.

O modelo fundiário restabelece no mercado laborativo a lógica economicista, a qual vinha sendo progressivamente afastada, através da construção das normas protetivas do Direito do Trabalho. Por essa lógica, o obreiro é equiparado aos demais fatores de produção, que são negociados pelas empresas de acordo com as leis do mercado, sobretudo a da oferta e da procura, e são utilizados de forma a propiciar o maior lucro possível. Como ocorre com os demais fatores produtivos, a relação da empresa com a mão-de-obra reduz-se a critérios de avaliação de custo-benefício.

Entretanto, ao contrário das máquinas, dos equipamentos e das matérias-primas, o trabalhador é um ser humano, que, assim como os detentores do capital, tem direito a uma existência digna, para si e para seus familiares. Como observa GABRIELA NEVES DELGADO:

“No desempenho das relações sociais, em que se destacam as trabalhistas, deve ser vedada a violação da dignidade, o que significa que o ser humano jamais poderá ser utilizado como objeto ou meio para a realização do querer alheio. O que também indica que o sistema de valores a ser utilizado como diretriz do Estado Democrático de Direito não poderá se revelar como utilitarista. Deverá, em contrapartida, concentrar-se no ser humano enquanto pessoa.”⁹⁵.

Se os proprietários dos meios de produção, salvo raras exceções⁹⁶, insistem em tratar o trabalhador como se mero insumo fosse, da ordem jurídica não pode receber o mesmo tratamento, sob pena de violarmos a própria idéia de Direito e de Justiça, de proteção aos direitos fundamentais. Não se pode permitir a supremacia dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência sobre o valor social do trabalho.

2.3 AS DISPENSAS COLETIVAS

A ordem jurídica brasileira não regula a dispensa coletiva, mas apenas a individual. Não há, no Direito pátrio, uma distinção entre os dois tipos de dispensa, de modo que o empregador pode proceder a esta por qualquer motivo ou mesmo sem motivo, independentemente do número de trabalhadores envolvidos, devendo pagar-lhes tão somente a indenização calculada sobre os depósitos do FGTS. Há

⁹⁵ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006. p. 206.

⁹⁶ Cite-se o exemplo histórico de Robert Owen, industrial britânico que tratava seus operários de forma mais humana, conferindo-lhes espontaneamente direitos não assegurados pela ordem jurídica à sua época, isto é, no final do século XVIII, como demonstra o seguinte trecho: “(...) patrão esclarecido, pôs em prática suas idéias: racionalizou a produção, aumentou os salários e a produtividade, ampliou os alojamentos dos trabalhadores e combateu, entre eles, o alcoolismo e o roubo, dedicando especial atenção à regeneração moral. Além disso, construiu escolas para os filhos dos operários e proibiu o trabalho das crianças de pouca idade nas fiações. Sua experiência foi uma das mais bem-sucedidas da época.”. FIGUEIRA, Divalte Garcia. *História – Série Novo Ensino Médio*. São Paulo: Ática, 2000. p. 246.

apenas duas portarias do Ministério do Trabalho sobre a matéria: a Portaria n. 3.219, de 09 de julho de 1987, que regula o acompanhamento das dispensas coletivas, apontando soluções alternativas, e a Portaria n. 01, de 09 de janeiro de 1992, que determina a fiscalização nas empresas em caso de dispensa em massa, sobre as quais falaremos abaixo⁹⁷.

Apesar da omissão legislativa em regulá-lo, o fenômeno das dispensas coletivas, isto é, daquelas que envolvem um grande número de empregados e são ocasionadas por razões ligadas à empresa, sempre ocorreu no País. A Lei n. 4.923, de 23 de dezembro de 1965, referia-se à dispensa motivada por crise, apontando soluções alternativas, como redução da jornada ou do número de dias de trabalho, durante três meses, sendo possível a prorrogação, mediante redução salarial não superior a 25%, respeitado o salário-mínimo. O recurso a essas medidas requeria a prévia negociação com o sindicato da categoria, cujo insucesso autorizava a submissão do dissídio à Justiça do Trabalho.

Quando adotavam tais medidas alternativas, as empresas não podiam, no prazo de seis meses, contratar novos empregados sem antes readmitir os trabalhadores dispensados em razão da crise, e não podiam recorrer às horas-extras. A Constituição Federal de 1988 trouxe o princípio da irredutibilidade salarial, o qual pode ser excepcionado apenas pela contratação coletiva (art. 7º, VI), razão pela qual se entende que a Lei n. 4.923/65 não foi recepcionada no que tange à redução da jornada e conseqüente diminuição salarial operadas por mecanismos diversos da negociação coletiva.

Antes do advento da Lei n. 4.923/65, a Lei n. 62, de 05 de junho de 1935, já excluía integralmente a responsabilidade do empregador nas hipóteses de força maior, isto é, quando fatos alheios e superiores à sua vontade afetassem a sua segurança econômica. Isso legitimava a ruptura dos contratos de trabalho, por justa causa, pelo empregador. Cumpre notar que a lei não distinguia a força maior e o caso fortuito, de modo que, ao se referir à primeira abrangia também o segundo. A CLT alterou esse regime de total desresponsabilização empresarial, transferindo ao empregado apenas parcialmente os riscos advindos da força maior, seja no caso de extinção da empresa ou estabelecimento, seja na hipótese de paralisação ou redução do trabalho.

O empregador pode proceder à dispensa por justo motivo, mas deve pagar metade da indenização, no caso de extinção do estabelecimento ou da empresa (art. 502, da CLT). Na hipótese de paralisação ou reduções da jornada, o art. 503 prevê que o empregador pode proceder à redução geral dos salários, não superior a 25% do seu valor e respeitado o salário-mínimo. Essa norma, no entanto,

⁹⁷ MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. p. 469.

não foi recepcionada pela CF/88 (art. 7º, VI), de modo que tal redução somente pode ser operada pela contratação coletiva.

NELSON MANNRICH observa que não se registra, na realidade brasileira, uma participação efetiva dos sindicatos no sentido de impedir as dispensas coletivas ou de reduzir os seus efeitos. A ação sindical isolada “limitou-se a introduzir critérios a serem observados na dispensa coletiva, encarada como um acontecimento inexorável”. Em um levantamento feito pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), no setor metalúrgico de São Paulo, na segunda metade da década de 1990, observou-se “a falta de preocupação com a dispensa coletiva”. A contratação coletiva não menciona a negociação prévia, soluções alternativas à dispensa ou medidas destinadas a atenuar o seu impacto, preocupando-se unicamente em estabelecer alguns critérios a serem adotados por ocasião da dispensa⁹⁸.

No Brasil, a atuação do Ministério do Trabalho nas dispensas coletivas é reduzida. Ele se limita, em geral, a homologar as cessações contratuais na repartição ou, quando o contingente de trabalhadores dispensados é expressivo, na própria empresa, por expressa autorização do Delegado Regional do Trabalho. Cumpre mencionar também as duas portarias acima citadas, que foram editadas por esse Ministério.

A Portaria n. 3218, de 1987, regulava as providências de acompanhamento das dispensas dos trabalhadores, em razão da conjuntura econômica. Cabia ao Ministério do Trabalho apresentar medidas alternativas às dispensas, como a redução da jornada, nos termos da Lei n. 4923/65, a antecipação das férias e a concessão de férias coletivas. No caso de a dispensa ser inevitável, a portaria estabelecia critérios a serem observados, obedecendo à seguinte ordem: adesão voluntária; solteiros com menor tempo de serviço; aposentados; aposentáveis, isto é, aqueles em condição de obter a aposentadoria. Previa também que as empresas deveriam manter a assistência médica dos empregados dispensados, por um determinado período, e que cabia à Administração acionar o Sistema Nacional de Emprego (SINE) para ajudá-los a obter um novo trabalho, sem prejuízo da percepção do seguro-desemprego.

⁹⁸ O autor, após analisar as convenções e acordos coletivos, além das sentenças normativas, aponta um conjunto de medidas neles previstas, que se limitam a estabelecer critérios para a dispensa, como os seguintes: “a) na ocorrência de dispensa coletiva, as empresas observarão os seguintes critérios preferenciais: a.1) inicialmente, demitindo só os trabalhadores que, consultados previamente, preferem a dispensa; a.2) em segundo lugar, os empregados que já estejam recebendo os benefícios da aposentadoria definitiva, pela Previdência Social ou por alguma forma de Previdência Privada; a.3) seguir-se-ão os empregados com menor tempo de casa e, dentre estes, os solteiros, os de menor faixa etária e os de menores encargos familiares; b) superadas as razões determinantes da dispensa coletiva, as empresas darão preferência à readmissão daqueles que foram atingidos pela dispensa; c) ficam ressalvadas eventuais condições mais favoráveis já existentes ou que venham a existir em decorrência de lei.” Segundo o autor, na Argentina, ao contrário, os sindicatos, frente à omissão legislativa, criaram procedimentos para a realização das dispensas coletivas. Essa prática se generalizou de tal modo que acabou sendo acolhida pelo Decreto n. 1.250/85, que prevê um procedimento que deve ser observado pelas empresas antes de realizar as dispensas por causas econômicas. MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. p. 472-473.

Essa portaria representou uma primeira iniciativa do Ministério do Trabalho para enfrentar o problema das dispensas coletivas, que na época já se revestia de gravidade. Todavia, por não ser respaldada pela lei e não prever sanções às empresas infratoras, não passava de uma simples recomendação, que nunca foi colocada em prática.

A Portaria n. 01, de 1992, por sua vez, trata da fiscalização nas empresas que estão dispensando ou podem proceder à dispensa coletiva, em razão da possibilidade de desrespeito aos direitos dos trabalhadores. Em suas considerações iniciais, JOÃO DE LIMA TEIXEIRA FILHO, então Secretário Nacional do Trabalho, parte da constatação de que não há qualquer preocupação dos interlocutores sociais com possíveis medidas alternativas ou atenuadoras das dispensas coletivas, as quais ocorrem à revelia da negociação entre sindicatos e empresas.

A portaria demonstra a preocupação do Ministério do Trabalho com a edição de normas relacionadas às dispensas coletivas. De fato, em 1992, foram apresentados estudos com propostas de projeto de lei para disciplinar a matéria. Todavia, enquanto não fosse promulgada uma lei, não havia fundamento para um mero ato ministerial regular uma matéria reservada à lei complementar pela Constituição Federal de 1988 (art. 7º, I). Por essa razão, a Portaria “apresentou-se aparentemente acanhada, deixando de enfrentar aspectos fundamentais como a comunicação prévia, negociação com o sindicato e/ou representantes dos trabalhadores, na busca de soluções alternativas ou de outras medidas complementares”⁹⁹.

2.4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.4.1 A busca pela conciliação entre o trabalho e o capital

Em 05 de outubro de 1988, é promulgada uma nova Constituição no Brasil, símbolo da restauração da ordem democrática após décadas de vigência do regime ditatorial militar. A “Constituição-cidadã”, como ficou conhecida, trouxe importantes inovações, apontando, no que se refere ao tema ora tratado, para um novo modelo de proteção da relação de emprego, cujos contornos podem ser delineados pela interpretação e conjugação de vários dispositivos constitucionais.

Logo em seu preâmbulo, enuncia os objetivos a serem alcançados pelo Estado Democrático de Direito por ela consagrado, dentre os quais o exercício dos direitos sociais e individuais, o bem-estar, o

⁹⁹ MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. p. 474.

desenvolvimento, a justiça, a harmonia social e a construção de uma sociedade fraterna. Em seu art. 3º, afirma como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais, a promoção do bem de todos. Aponta, portanto, para a necessidade de se buscar uma harmonização, um equilíbrio entre os interesses dos cidadãos, de modo a garantir que todos possam exercer os direitos constitucionalmente assegurados.

Ao elencar os fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º), menciona a dignidade da pessoa humana e, em um mesmo inciso, lado a lado, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Assegura, em seu art. 5º, o direito de propriedade, mas condiciona a sua proteção ao atendimento de uma função social (incisos XXII e XXIII). Ao tratar da propriedade rural, afirma que esta somente atende à sua necessária função social se, entre outros requisitos, observa as disposições que regulam as relações de trabalho e é explorada de modo a favorecer o bem-estar dos proprietários e trabalhadores (art. 186).

Ao tratar da ordem econômica (art. 170), afirma que esta se funda na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna, na busca da justiça social. Ao enunciar os seus princípios, menciona a propriedade privada, a livre concorrência, a livre iniciativa, ao lado da função social da propriedade, da redução das desigualdades sociais e da busca do pleno emprego. Afirma também ser o primado do trabalho a base da ordem social, que tem por objetivos o bem-estar e a justiça sociais (art. 193).

Assim, ao abraçar os princípios da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e da submissão da propriedade à sua função sócio-econômica e ambiental, a Constituição Federal de 1988 afirma a necessidade de se instituir um verdadeiro Estado de Bem-Estar Social no Brasil. Somente através deste é possível, no desigual sistema capitalista, concretizar os valores da dignidade da pessoa humana, da maior justiça social e da democracia¹⁰⁰. Nesse sentido, trazemos à baila as lições de JOSÉ JOÃO ABRANTES:

“Numa sociedade profundamente fraturada em classes e interesses antagônicos (...) o Estado já não é o ‘inimigo’ nato do indivíduo, mas antes um seu aliado natural, competindo-lhe, não apenas *respeitar* (*‘achten’*) a liberdade de cada um, mas também *garantir* (*‘schützen’*) a sua efetivação (...). Nestes tempos de ultraliberalismo, é preciso, de fato, afirmar que há valores cuja persecução não

¹⁰⁰ DELGADO, Mauricio Godinho, PORTO, Lorena Vasconcelos. O Estado de Bem-Estar Social no capitalismo contemporâneo. *O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*. org. Mauricio Godinho Delgado e Lorena Vasconcelos Porto. São Paulo: LTr, 2007. p. 22-24.

pode ser confiada ao mercado e que o primeiro desses valores, o princípio fundador de qualquer sociedade, é a dignidade da pessoa humana – a dignidade que cada ser humano, pelo simples fato de o ser, possui. O direito que cada ser humano tem à proteção da sua dignidade e da sua liberdade é hoje uma tarefa do próprio Estado democrático, o qual não pode ignorar os fortes poderes econômicos e sociais existentes na sociedade civil, que, representando uma ameaça permanente para essa liberdade, tornam imperiosa a sua intervenção (...). A defesa dos mais débeis é, sem dúvida, uma das funções principais do Estado democrático”¹⁰¹.

No mesmo sentido são os ensinamentos do juslaborista argentino RAÚL ALBERTO FERNÁNDEZ:

“O Estado do Bem-Estar deve garantir a todos os homens condições dignas de vida e de trabalho, comprometendo-se a adotar medidas para alcançar progressivamente a plena eficiência dos direitos humanos, estando-lhe vedado adotar discricionariamente medidas regressivas que anulem ou diminuam direitos concedidos, concebendo-se o trabalho como uma manifestação do espírito que o transforma num serviço social, que faz com que o homem seja resultado da sua própria atividade, aperfeiçoando-se e dignificando-o.”¹⁰².

E para a implementação de um modelo de Estado de Bem-Estar no País, ordenada pela Constituição Federal de 1988, é imprescindível a generalização, o fortalecimento e a efetivação das normas trabalhistas na realidade brasileira. Com efeito, o Direito do Trabalho comprovou historicamente, nos países desenvolvidos, ser um instrumento extremamente eficaz para a distribuição de riqueza e poder na sociedade capitalista.

A análise dos dispositivos constitucionais acima aludidos induz a conclusões importantes. Não resta dúvida que a Carta da República acolheu o modo de produção capitalista, pois garante a propriedade privada dos meios de produção e a livre iniciativa. Essas garantias, no entanto, não são absolutas, nos moldes do liberalismo clássico, em que o Estado não intervém na ordem econômica (“laissez-faire, laissez-passer”, na fórmula de VINCENT DE GOURNAY), pois há outros interesses, de fundamental importância, a serem atendidos, relacionados ao trabalho humano. Consoante afirma JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“A Constituição declara que a ordem econômica é fundada na *valorização do trabalho humano* e na iniciativa privada. Que significa isso? Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a *iniciativa privada* é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a ordem

¹⁰¹ ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. p. 06.

¹⁰² FERNÁNDEZ, Raúl Alberto. *A internalização do Direito do Trabalho*. p. 106.

econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado.”¹⁰³

Em uma economia capitalista, em que a grande maioria dos indivíduos não detém o domínio dos meios de produção, o trabalho é a sua fonte de subsistência, é o meio de que dispõem para viverem de forma digna. Assim, o exercício da atividade econômica resta condicionado ao respeito ao valor social do trabalho. A busca por lucros, pela maximização da produção e das riquezas, somente será legítima se respeitar a proteção conferida ao labor humano. Nessa ordem de idéias, é inconcebível sujeitar o trabalho ao mesmo tratamento conferido aos demais fatores de produção, negociados livremente no mercado, sob pena de se violar frontalmente a Constituição Federal, conforme observa o constitucionalista acima citado:

“Um regime de justiça social será aquele em que cada um deve poder dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. Não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria (...). Assim, a *liberdade de iniciativa econômica privada*, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que ‘liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo’. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário.”¹⁰⁴

Protege-se a atividade empresarial, assegura-se a ela a livre iniciativa, a propriedade privada, mas, por meio dela, deve-se propiciar que os indivíduos possam trabalhar, de forma a obter os recursos necessários à sua sobrevivência em condições dignas, pois que somente dessa forma poderá realizar-se a justiça social. É essa a harmonização buscada pela Constituição Federal, que explica a enunciação conjunta de princípios e objetivos aparentemente contraditórios. Pretende-se, portanto, a conciliação

¹⁰³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 788. De fato, “resiste-se em conferir ao livre jogo do mercado a regulação das condições de trabalho, pelos seus efeitos catastróficos.”. MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. p. 505. A intervenção do Estado é, de fato, imprescindível: “mesmo entre os países do leste da Ásia, citados freqüentemente como histórias de sucesso que ilustram a magia do mercado, a mão invisível do Estado é muito mais evidente que a mão invisível do mercado.”. NAYAR, Deepak *apud* KUNTZ, Rolf. A redescoberta da igualdade como condição de Justiça. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. org. José Eduardo Faria. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 144.

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 789 e 794. Esse entendimento foi adotado expressamente pela Corte Constitucional espanhola, na decisão n. 88, de 1985, - “as manifestações de feudalismo industrial repugnam ao Estado Social e Democrático de Direito” -, afirmando a necessidade de um compromisso entre as exigências econômicas de flexibilidade e de competitividade e o respeito à dignidade e aos direitos dos trabalhadores. *In* RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. Poder de dirección y derecho contractual. p. 128.

dos interesses dos trabalhadores e das empresas, do capital e do trabalho, em verdadeira síntese dessa relação dialética, de constante oposição¹⁰⁵. Pois, como já ensinava ARISTÓTELES, em sua obra “Ética a Nicômacos”, a virtude está no meio-termo entre a falta e o excesso, isto é, no equilíbrio.

2.4.2 A proteção à relação de emprego prevista no art. 7º, I, da Constituição

A partir das idéias acima expostas, é possível compreender o disposto no art. 7º, inciso I, da Lei Maior, o qual prevê, dentre os direitos assegurados aos trabalhadores, a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. A interpretação desse dispositivo, em consonância com as normas constitucionais acima aludidas, revela que a proteção da relação de emprego assegurada pela Constituição Federal de 1988 visa superar a situação trazida pelo advento do FGTS, mas, ao mesmo tempo, guarda diferenças marcantes com relação à estabilidade, nos moldes previstos pela CLT.

O modelo celetista, como vimos, contrariava os interesses dos empresários, por autorizar a dispensa do empregado estável somente em circunstâncias excepcionais. A ineficiência desse último ou fatores relacionados à dinâmica empresarial não podiam ser invocados para legitimar a dispensa. Não se consideravam, portanto, as necessidades da empresa, a manutenção e o desenvolvimento de sua atividade produtiva (e, conseqüentemente, dos empregos por ela gerados). Essa inflexibilidade, por vezes, era prejudicial aos interesses dos próprios trabalhadores, pois as empresas, dado o rigor da estabilidade, procuravam impedir o seu alcance, através da dispensa de seus empregados, antes que completassem os dez anos de serviço.

O sistema implantado pelo FGTS, por sua vez, apesar de trazer algumas vantagens ao trabalhador, privilegia os interesses da empresa em dispor da força de trabalho de forma livre e desembaraçada, para a maximização de seus lucros. Não protege efetivamente o direito ao trabalho, além de tornar ineficazes os direitos assegurados ao empregado pelo ordenamento jurídico, o que contraria as disposições da Constituição Federal de 1988¹⁰⁶.

¹⁰⁵ “Os modelos extremos que representam os interesses econômicos do empregador e os interesses sociais do empregado são liberdade absoluta de despedir e segurança plena no emprego que equivaleria a impossibilidade absoluta de dispensa. Nenhum deles, entretanto, é encontrado nos sistemas jurídicos contemporâneos, o que demonstra que já se acha em elaboração um desejável processo de síntese entre ambos.” SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova constituição*. p. 59.

¹⁰⁶ A inadequação da disciplina da dispensa no Direito brasileiro é ressaltada por Nelson Mannrich: “O nosso regime de dispensa não mais atende aos reclamos atuais, impondo-se apresentar uma nova proposta de regulamentação, como forma de adaptá-lo às exigências impostas pelas transformações econômicas e pelas conseqüências inevitáveis que a dispensa acarreta, não apenas ao próprio empregado, como também à sua família e a toda a comunidade. Na verdade, a perda do emprego tem graves conseqüências sociais, pois subtrai do trabalhador sua principal, quando não única fonte de renda, com reflexos em sua vida pessoal e familiar. Os mecanismo inibidores da dispensa, como o aviso-prévio, indenização,

A Carta Magna universalizou o sistema do FGTS, estendendo-o a todos os empregados, com exceção dos domésticos (art. 7º, inciso III e parágrafo único). Assim, passa a ser ele uma espécie de cláusula implícita em todos os contratos de trabalho celebrados a partir de então, eliminando-se a necessidade da falaciosa opção pelo sistema fundiário. Esta somente é mantida aos trabalhadores que já haviam alcançado a estabilidade, posto se tratar de um direito adquirido, protegido pela Lei Maior (art. 5º, inciso XXXVI), continuando estes a serem regidos pelas normas celetistas.

Há que se ressaltar que, embora o FGTS tenha sido criado como um sistema alternativo ao assegurado pela CLT, na Constituição Federal de 1988 a sua posição é diversa. É tratado como um direito autônomo do trabalhador, que não se confunde com a proteção conferida à relação de emprego, encontrando-se previstos, inclusive, em incisos diversos do art. 7º¹⁰⁷. Essa temática será retomada em momento oportuno.

Entretanto, o dispositivo que prevê a proteção em comento menciona a edição de uma lei complementar, o que conduz ao preceito contido no art. 10, *caput* e inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), da Carta Magna, o qual prescreve que, até a edição desse diploma legal, a proteção nele referida fica limitada “ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e §1º, da Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966”. O referido percentual, que é aquele incidente sobre os depósitos na conta vinculada do FGTS, passa a ser, portanto, de 40%. A Lei n. 5.107/66 foi revogada pela Lei n. 7.839/89, que, por sua vez, foi sucedida pela Lei n. 8.036/90, diploma que vigora na atualidade.

Essa indenização, prevista propositadamente no ADCT, tem caráter eminentemente transitório, pois a proteção prevista no art. 7º, I, não se limita, de modo algum, a ela. Importa, antes de tudo, precisar em que consiste essa proteção, como ela se diferencia daquela disciplinada pela CLT e, ao mesmo tempo, busca superar a situação advinda com a instituição do sistema fundiário, garantindo a harmonização dos interesses das empresas e dos trabalhadores, buscada pela Constituição Federal.

Há que se ressaltar que a proteção da relação de emprego, através das limitações impostas à cessação do contrato de trabalho, é estabelecida no interesse do obreiro, e não no da empresa. Prova

levantamento do FGTS e o próprio seguro-desemprego são transitórios e insuficientes” (grifos nossos). MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. p. 14.

¹⁰⁷ “O inciso III, do referido art. 7º da Constituição, concede o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, surgindo no texto constitucional como um direito desvinculado da proteção à relação de emprego, diferentemente do que dispunha a Constituição de 1967, ao assegurar, no inc. XIII do art. 165, ‘Estabilidade, com indenização, ou fundo de garantia do tempo de serviço’. (...) Atualmente, pois, existem três direitos distintos: o FGTS, sem caráter indenizatório da dispensa imotivada, e a proteção contra a despedida arbitrária, ou sem justa causa, com conseqüente indenização compensatória, em casos de incompatibilidade, além do seguro-desemprego.”. MACIEL, José Alberto Couto. *Garantia no emprego já em vigor*. São Paulo: LTr, 1994. p. 103.

disso é estar prevista entre os direitos *do trabalhador*, elencados no art. 7º da Constituição Federal. Daí resulta que as limitações a serem impostas pela ordem jurídica são relativas à extinção do vínculo contratual pela vontade e iniciativa patronais, vale dizer, à denominada dispensa. Com efeito, não se poderia conceber o cerceamento do direito do trabalhador em desfazer o vínculo empregatício, por vontade real sua, sob pena de se violar seu direito à liberdade, assegurado constitucionalmente (art. 5º, *caput*).

2.4.3 O significado do preceito contido no art. 7º, I, da Constituição

O art. 7º, em seu inciso I, dispõe que a relação de emprego será protegida contra a “despedida arbitrária ou sem justa causa”. Essas expressões não são, de modo algum, sinônimas, pois que, se assim o fossem, tratar-se-ia de redundância levada a efeito pelo legislador constituinte, o que é repellido pelas regras de hermenêutica¹⁰⁸. Definem, portanto, situações diversas, que devem, assim, ser distinguidas. A despedida arbitrária é aquela efetuada sem a existência de um motivo juridicamente válido, socialmente aceitável, sendo, do ponto de vista do Direito, imotivada.

A justa causa é um conceito já assentado, de longa data, no Direito brasileiro¹⁰⁹. Considerando-se que a proteção garantida pela Constituição é relativa à despedida por iniciativa do patrão, a justa causa aí referida é aquela relativa ao empregado. Refere-se, portanto, às condutas obreiras, culposas ou dolosas, tipificadas em lei, que autorizam a resolução do contrato de trabalho por parte do empregador. O rol principal dessas condutas encontra-se no art. 482 da CLT, embora haja também justas causas previstas em outros preceitos celetistas (v.g., art. 158, parágrafo único, e art. 240, parágrafo único) e

¹⁰⁸ “*Verba cum effectu, sunt accipienda*: ‘não se presumem, na lei, palavras inúteis’. Literalmente: ‘Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia’. As expressões de Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis (...) sempre se deve atribuir a cada uma a sua razão de ser, o seu papel, o seu significado, a sua contribuição para precisar o alcance da regra positiva”. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 250-251.

¹⁰⁹ Evaristo de Moraes Filho afirma que “podemos então conceituar a justa causa para a rescisão unilateral do contrato de trabalho, sem ônus para nenhuma das partes, como todo ato doloso ou culposamente grave, que faça desaparecer a confiança e a boa-fé que devem entre elas existir, tornando assim impossível o prosseguimento da relação.”. FILHO, Evaristo de Moraes. *A justa causa na rescisão do contrato de trabalho*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 105. Wagner Giglio, por sua vez, assevera que a “Justa causa poderia ser conceituada como todo ato faltoso grave, praticado por uma das partes, que autorize a outra a rescindir o contrato, sem ônus para o denunciante. A justa causa se constitui, essencialmente, portanto, pela prática de uma infração. Nem toda infração ou ato faltoso, entretanto, configura justa causa para a rescisão, pois é necessário que esse ato se revista de gravidade, como será visto. Interessa saber, portanto, o que são atos faltosos. Empregado e empregador se unem através de um contrato de trabalho que prevê obrigações mútuas: para o empregado, obrigações de obediência, diligência no serviço e fidelidade; para o empregador, de fornecer serviço, pagar salário, respeitar o empregado e cumprir as demais cláusulas do contrato. No desenrolar das relações de trabalho comete ato faltoso a parte que descumprir essas obrigações.”. GIGLIO, Wagner D. *Justa causa*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 12.

também em dispositivos da legislação extravagante (*e.g.*, art. 7º, §3º, do Decreto n. 95.247/87, arts. 7º e 14, da Lei n. 7.783/89)

Destarte, na ordem jurídica brasileira, a despedida efetuada sem que tenha ocorrido uma conduta faltosa obreira é tida como uma despedida sem justa causa. Restando esta ausente, não se cogitava se havia ou não um outro motivo a fundamentar a dispensa do trabalhador, posto que a solução jurídica era a mesma. Assim, se despedido sem motivo algum, ou por um motivo socialmente justificável, mas que não fosse uma justa causa, o trabalhador recebia os mesmos valores a título de indenização. Isso ocorria tanto no modelo previsto na CLT, quanto naquele introduzido pelo FGTS.

Entretanto, a Carta da República trouxe uma diferenciação, posto mencionar, ao lado da despedida sem justa causa, aquela dita arbitrária. Assim, aponta para a situação da dispensa do empregado em que este não tenha praticado uma justa causa, mas que, ao mesmo tempo, não seja arbitrária, isto é, que haja uma razão, acolhida pela ordem jurídica, a justificá-la. Seria o caso de dispensas motivadas pela capacidade técnica do trabalhador ou por necessidades relacionadas à empresa (*e.g.*, sérias dificuldades econômico-financeiras), pois nessas hipóteses, embora não tenha o empregado praticado uma infração, existem motivos, socialmente relevantes, a justificarem a sua dispensa. Esta não constitui, portanto, um ato arbitrário do empregador.

A diferenciação ora traçada é compartilhada por diversos autores, como MAURICIO GODINHO DELGADO¹¹⁰ e ÍSIS DE ALMEIDA¹¹¹, e será ela adotada neste trabalho. De fato, são situações bastante diversas: em uma o patrão dispensa o empregado sem que haja um motivo juridicamente relevante (despedida arbitrária) e, na outra, a dispensa é motivada por uma razão socialmente justificável, embora inexistente uma infração obreira (despedida sem justa causa). Essa diversidade não pode receber o mesmo tratamento da ordem jurídica, como vem sendo feito, pois isso representa uma violação ao princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF/88), vez que situações distintas devem ser tratadas de forma desigual pelo Direito.

A despedida arbitrária é visceralmente contrária às normas contidas na Carta Magna, posto que, sem motivo algum, pelo só exercício de sua vontade individual, o patrão rompe o vínculo empregatício. Admiti-la é consagrar a livre iniciativa e o exercício do direito de propriedade como prerrogativas absolutas, o que é constitucionalmente inconcebível. É tornar letra morta os dispositivos constitucionais que condicionam o exercício da atividade econômica ao atendimento do valor social do trabalho, como

¹¹⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 1155-1156.

¹¹¹ ALMEIDA, Ísis. Novos rumos para a proteção contra a despedida arbitrária. *Curso de Direito do Trabalho: Estudos em Memória de Célio Goyatá*. coord. Alice Monteiro de Barros. v. 2. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 550.

propiciador da existência digna e da justiça social. É ignorar a função social a que está adstrita a atividade empresarial. Trata-se, portanto, de um ato verdadeiramente ilícito, contrário ao Direito, razão pela qual deve ser considerado inválido, nulo, com o restabelecimento do vínculo empregatício por ele irregularmente desfeito.

A despedida não arbitrária e sem justa causa, por sua vez, não é ato ilícito, pois que fundamentada em motivos juridicamente válidos. Embora contrária aos interesses obreiros de manutenção da relação de emprego, atende aos preceitos constitucionais de proteção à atividade empresarial, necessária ao desenvolvimento nacional. Se o empregado é ineficiente, comparado à média dos trabalhadores, sem a aptidão, a habilidade, a capacidade técnica necessária ao exercício de sua função, isso influi negativamente na produtividade da empresa. Por outro lado, os investimentos em novas tecnologias, em novas técnicas de produção e organização empresariais, podem conduzir à desativação de postos de trabalho até então necessários à empresa. Há, ainda, situações de crise econômica, de grande recessão, de retração do consumo, não incomuns nos tempos atuais, em que a própria sobrevivência da atividade empresarial depende da redução de seu quadro de pessoal.

Trata-se, portanto, de situações que envolvem a vida e a dinâmica da empresa, a manutenção e o desenvolvimento da atividade por ela exercida, merecendo, portanto, tratamento diferenciado da ordem jurídica. Assim, as dispensas motivadas por essas razões são lícitas, encontram fundamento na proteção conferida constitucionalmente às empresas, dado o seu papel imprescindível no desenvolvimento sócio-econômico do País, como na manutenção e geração de postos de trabalho¹¹².

Mas, não obstante a sua licitude, tais dispensas contrariam o direito ao trabalho, vez que o indivíduo resta privado de seu emprego sem ter dado causa a isso, através do cometimento de uma infração. Considerando a necessidade de se harmonizar os interesses patronais e obreiros e os inegáveis prejuízos sofridos pelo trabalhador com a perda da fonte de subsistência, própria e de sua família, chega-se a uma solução intermediária. A dispensa é mantida, posto que válida, mas o trabalhador faz jus ao recebimento de uma reparação pecuniária, a denominada indenização compensatória, mencionada pelo art. 7º, inciso I, da Carta Magna.

¹¹² No Direito português, somente era permitida a dispensa por justa causa, o que vinha prejudicando os interesses das empresas e dos próprios trabalhadores, através do aumento dos contratos de trabalho por prazo determinado, em fraude à lei, da contenção e retração da oferta de emprego, do desemprego e do declínio da competitividade das empresas no mercado (criando entraves à modernização, automação, redução de pessoal, etc.). Em consideração a esses aspectos, sobretudo tendo em vista a futura implementação da União Européia, foi editado o Decreto-Lei n. 64-A, de 27.02.1989, que passou a permitir a dispensa motivada por razões ligadas às necessidades da empresa. SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova constituição*. p. 248-251. Falaremos adiante da disciplina atual da dispensa no Direito português.

Não há contradição alguma em atribuir o dever de indenizar àquele que pratica um ato lícito, pois que advém da necessidade de se harmonizar interesses opostos, atendendo a cada um de forma parcial. Se ambos os interesses são protegidos pela ordem jurídica, e há uma relação de oposição entre eles, a satisfação completa de um deles gera a exclusão automática do outro, o que é inadmissível. Daí a solução ser a satisfação parcial de ambos: a empresa, embora possa dispensar, tem o dever de indenizar, e o trabalhador, embora despedido, recebe uma reparação pecuniária.

Pode-se fazer uma analogia com o que ocorre na desapropriação, instituto previsto no art. 5º, XXIV, da CF/88. O indivíduo é privado da propriedade de um bem, em razão do atendimento de uma necessidade ou utilidade pública ou de um interesse social. É um procedimento lícito, através do qual o Estado visa satisfazer o interesse público, em sentido amplo. Mas, por retirar do indivíduo o domínio do bem, deve pagar-lhe uma indenização em dinheiro, justa e prévia. Também nesse caso a prática de um ato lícito gera o dever de indenizar, por força da necessidade de harmonização de interesses opostos.

Cumprir notar, invocando as palavras de NELSON MANNRICH, que “a maior parte dos países desenvolvidos procura, mediante transformação na legislação, conciliar a liberdade de gestão empresarial com a proteção ao emprego”¹¹³. É exatamente este o modelo propugnado pela Constituição brasileira de 1988.

Pelo exposto, torna-se claro que a proteção prevista no art. 7º, inciso I, encontra-se em consonância com os objetivos da Carta Magna de conciliar a proteção da atividade empresarial com a tutela do valor social do trabalho. Isso a diferencia do modelo constante da CLT, que, consoante acima exposto, era prejudicial aos interesses empresariais e, nesse sentido, também aos interesses obreiros. Distingue-se também do sistema fundiário, que beneficia apenas a classe patronal, em claro desrespeito aos direitos do trabalhador¹¹⁴.

¹¹³ MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. p. 219-220. Como observa Gabriela Neves Delgado, “a extinção contratual por interesse empresarial deveria fundamentar-se em motivo justificado, centrado na pessoa do empregado (algum motivo pessoal do empregado, não discriminatório e que seja diferente das hipóteses de justa causa), ou relacionado ao empregador (motivos técnicos, estruturais e econômicos ligados à empresa), conforme preceitua a Convenção n. 158 da OIT. Portanto, a causa de dispensa deveria ser motivada, de modo a proteger a figura do empregado, mas sem inibir o empregador quanto ao uso de seu *jus variandi*.” DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. p. 226.

¹¹⁴ “A proteção ao emprego não pode ir ao extremo de prejudicar ou impossibilitar a atividade econômica e a atividade econômica não pode ser tida como objeto principal do mundo capitalista atual que deva ser conseguida a qualquer custo inclusive com a exploração do trabalhador e desumanização das relações de trabalho. Este aspecto da questão deve despertar no legislador a necessidade de um ponto justo de equilíbrio entre os extremos da proteção excessiva e de sua inexistência.” SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova constituição*. p. 121-122.

2.4.4 A referência à lei complementar feita pelo art. 7º, I, da Constituição

O art. 7º, inciso I, menciona a edição de uma lei complementar, o que gerou grandes debates acerca de sua eficácia, quando do advento da CF/88. Importa ressaltar que será adotada, neste trabalho, a terminologia consagrada por JOSÉ AFONSO DA SILVA, em sua obra “Aplicabilidade das normas constitucionais”¹¹⁵, a qual será exposta em termos gerais. Para esse autor, as normas constitucionais, de acordo com sua eficácia jurídica, seriam de três tipos: as de eficácia plena, as de eficácia contida e as de eficácia limitada.

As normas de eficácia plena são aquelas imediatamente aplicáveis, que não dependem de regulamentação, através da legislação infraconstitucional, para que possam reger as situações por elas previstas. As normas de eficácia contida também são de aplicabilidade imediata, mas permitem que sua eficácia seja restringida através de um diploma infraconstitucional. Não sendo editada a legislação regulamentadora, sua eficácia permanece plena. Por fim, as normas de eficácia limitada são aquelas que dependem da emissão de leis para que se tornem plenamente eficazes. Possuem, no entanto, uma certa eficácia, no sentido de impedir que o legislador infraconstitucional edite normas contrárias ao preceito por elas previsto, as quais serão, desse modo, inconstitucionais.

A discussão que se travou em torno do art. 7º, inciso I, foi se ele seria uma norma de eficácia limitada ou de eficácia contida. O constitucionalista acima aludido manifestou-se sobre o tema, nos seguintes termos:

“Temos para nós que a garantia do emprego é um direito, por si bastante, nos termos da Constituição, ou seja, a norma do art. 7º, I, é por si só suficiente para gerar o direito nela previsto. Em termos técnicos, é de aplicabilidade imediata, de sorte que a lei complementar apenas virá determinar os limites dessa aplicabilidade, com a definição dos elementos (despedida arbitrária e justa causa) que delimitem sua eficácia (...). Compreendido o texto especialmente em conjugação com o §1.º do art. 5.º, aplicável aos direitos do art. 7º, que se enquadram, também, entre os direitos e garantias fundamentais, chegaremos à conclusão de que a norma do citado inciso I é de eficácia contida.” (grifos nossos).¹¹⁶

JORGE LUIZ SOUTO MAIOR também defende que o art. 7º, I, da CF/88, é uma norma de aplicabilidade imediata: “o máximo que uma lei complementar poderia fazer seria regular o preceito constitucional, não impedir sua eficácia”. Desse modo, a complementação mencionada pelo dispositivo

¹¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 81-86.

¹¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 290.

diz respeito apenas aos efeitos do descumprimento do direito por ele assegurado. Segundo o autor, por força da norma em tela, a dispensa que não for fundada em justa causa, nos termos do art. 482, da CLT, terá que ser, necessariamente, embasada em algum motivo, sob pena de ser considerada arbitrária. Assim, a indenização prevista no art. 10, I, do ADCT, diz respeito à dispensa sem justa causa, que não seja arbitrária, visto que essa última é proibida, tendo como consequência não a referida indenização, mas, sim, a restituição das coisas ao estado anterior, isto é, a reintegração do empregado¹¹⁷.

O autor nota que já existem no atual ordenamento jurídico normas que complementam o dispositivo constitucional em comento. O conceito de dispensa arbitrária, por exemplo, por ser inferido do art. 165, da CLT, sendo, portanto, aquela que não for fundada em motivo disciplinar, econômico ou financeiro. Por outro lado, a possibilidade de o juiz ordenar a substituição da reintegração pela indenização, quando aquela não for possível ou recomendável, tem como parâmetro legal, por aplicação analógica, o art. 496, da CLT. No que tange ao valor dessa indenização, o juiz poderá fixá-lo com base no art. 186, do CC/02, segundo critérios de verificação do dano sofrido, da necessidade daquele que pede a reparação e da possibilidade econômica do réu. Desse modo, ele conclui que a ordem jurídica nacional “possui todos os instrumentos para que se coíba com eficácia a dispensa arbitrária, sendo este, aliás, um imperativo do direito social, constitucionalmente consagrado”¹¹⁸.

O Supremo Tribunal Federal (STF), no entanto, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) n. 1480, ajuizada em 08/07/1996, firmou entendimento de que o art. 7º, I, é uma norma de eficácia limitada, de modo que a proteção nela referida depende de regulamentação por lei complementar para que possa ser aplicada às situações concretas. Essa ADIn será objeto de maiores comentários, posto que relacionada ao tema a seguir exposto.

2.5 A CONVENÇÃO N. 158 DA OIT

2.5.1 Considerações iniciais

¹¹⁷ “Constitui preceito da teoria geral do direito que a declaração da nulidade do ato deve reconstituir as coisas no estado em que se encontravam antes da realização do ato anulado. Ora, se a dispensa do empregado estava proibida, a declaração de sua nulidade motiva, conseqüentemente, a determinação da reintegração, como forma de retomar o *status quo*. A indenização, como meio de compensação do prejuízo causado pelo ato nulo, aparece apenas alternativamente, na impossibilidade de concretização da reversão dos fatos.”. MAIOR, Jorge Luiz Souto. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT. p. 114.

¹¹⁸ O autor acrescenta que “não bastasse isto, há de se considerar, ainda, que tem plena vigência no nosso ordenamento, a Convenção 158 da OIT, que regula, exatamente, as hipóteses de dispensa arbitrária”. MAIOR, Jorge Luiz Souto. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT. p. 115.

Em 22 de junho de 1982, a Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho (OIT), reunida em sua 68ª Sessão, na cidade de Genebra, aprovou a Convenção n. 158, relativa ao “Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador”¹¹⁹. O referido tratado¹²⁰ entrou em vigor, no plano internacional, em 23 de junho de 1985, doze meses após o registro de sua ratificação, junto ao Diretor-Geral da OIT, por dois países-membros, em obediência ao parágrafo segundo de seu art. 16.

O Brasil, país integrante da OIT, com fundamento no art. 49, I, da CF/88, submeteu a referida Convenção à apreciação do Congresso Nacional, que a aprovou por meio do Decreto Legislativo n. 68, de 16 de setembro de 1992. A Carta de Ratificação foi depositada junto ao Diretor-Geral da OIT em 05 de janeiro de 1995, passando a Convenção, por força de seu art. 16, a vigor, no plano interno, doze meses após essa data, isto é, em 05 de janeiro de 1996. Em 10 de abril de 1996, veio à luz o Decreto n. 1.855, que cuidou de promulgar a Convenção, dando a ela publicidade no território nacional.

2.5.2 Âmbito de abrangência

Primeiramente, importa analisar o próprio título da Convenção: “Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador”. A referência a “empregador” limita a referência anterior à “relação de trabalho”, esclarecendo que o instrumento versa sobre as relações advindas de um contrato de emprego, o que é reafirmado pelo seu art. 2º¹²¹.

A menção à “iniciativa do empregador”, reiterada pelo art. 3º, revela que a Convenção exclui de sua abrangência hipóteses como o pedido de demissão, a força maior, o “factum principis” e o distrato. Há situações, entretanto, que, não obstante a cessação do vínculo empregatício ser feita formalmente pelo trabalhador, em verdade ela resulta de uma infração empresarial. É a hipótese da denominada “rescisão indireta” ou “justa causa empresarial”, prevista no art. 483 da CLT. Por motivo de equidade, deve-se considerar que essa hipótese encontra-se abrangida pela Convenção em comentário¹²².

¹¹⁹ Nessa oportunidade, foi também aprovada a Recomendação n. 166, que versa sobre o mesmo tema da Convenção, explicitando diversos de seus dispositivos. As convenções são tratados internacionais, passíveis de ratificação pelos países-membros da OIT, enquanto que as recomendações não o são, sendo o seu papel o de incentivar o legislador de cada país a adotar, internamente, os seus preceitos.

¹²⁰ Adota-se o entendimento de José Francisco Rezek de que “convenção” é apenas uma variante terminológica do tratado internacional, utilizando-se, portanto, esses termos como sinônimos. REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 15-16.

¹²¹ Art. 2º. “A presente Convenção aplica-se a todas as áreas de atividade econômica e a todas as pessoas empregadas.”

¹²² OIT. *Protección contra el despido injustificado - Conferencia Internacional del Trabajo*. 82ª Reunião. Genebra: OIT, 1995. p. 10.

Uma outra hipótese, relativa aos denominados Planos de Demissão Voluntária ou Planos de Desligamento Voluntário (PDV's), de ocorrência cada vez mais comum nos dias atuais, não estaria abrangida pela Convenção. Nessa situação, embora considerada pela jurisprudência brasileira como dispensa sem justa causa, recebendo o obreiro as verbas a esta relativas, o que ocorre, em verdade, é que ele anui verdadeiramente à cessação do contrato de trabalho, tendo em vista o recebimento das indenizações, não previstas em lei, ofertadas pela empresa. Assim, a despedida, nessas circunstâncias, salvo o caso de vício de consentimento do empregado (*v.g.*, dolo, erro, coação), não pode ser tida como de iniciativa exclusiva do empregador, não estando, portanto, abrangida pela Convenção.

2.5.3 Análise dos dispositivos da Convenção n. 158

A Convenção prevê, em seu art. 1º, que cada país poderá dar efeito às suas disposições, no plano interno, através da legislação, quando isso não for feito por meio de contratos coletivos, laudos arbitrais, sentenças judiciais, ou outra forma adotada pela prática nacional. Em razão desse dispositivo, algumas vozes levantaram-se no sentido de não ser a Convenção auto-aplicável, pois ela própria estaria condicionando a sua eficácia à regulamentação pela legislação nacional. Mas não é esse o sentido do preceito em comento.

O texto da atual Constituição da OIT, aprovado na 29ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Montreal, em 1946, dispõe, em seu art. 19, §3º:

“A Conferência deverá, ao elaborar uma convenção ou recomendação de aplicação geral, levar em conta os países que se distinguem pelo clima, pelo desenvolvimento incompleto da organização industrial ou por outras circunstâncias especiais relativas à indústria, e deverá sugerir as modificações que correspondem, a seu ver, às condições particulares desses países”.¹²³

Esse dispositivo revela que a atividade normativa da OIT, com vistas à preservação do seu caráter universal, procura levar em consideração a grande diversidade existente entre os seus Estados-membros, através de disposições dotadas de maior generalidade, denominadas “fórmulas de

¹²³

OIT. *ILO Constitution*. Disponível em http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Origins_and_history/Constitution/lang--en/index.htm#annex. Acesso em: 07 dez. 2007. Tradução nossa.

flexibilidade”, as quais permitem que os instrumentos possam ser adaptados às peculiaridades de cada país¹²⁴.

É nessa ordem de idéias que deve ser compreendido o art. 1º da Convenção n. 158. Por se tratar de um tratado multilateral, passível de ser ratificado e aplicado pelos diversos Estados-membros da OIT, a Convenção permite que estes regulamentem alguns de seus aspectos, para melhor adequá-la à realidade e às particularidades nacionais. Um exemplo é o art. 2º, que permite que o país-membro exclua algumas categorias de empregados, nos parâmetros ali fixados, de algumas ou de todas as normas da Convenção. Essa permissão não significa, de modo algum, ausência de eficácia, mas, ao contrário, será esta plena enquanto não vier a sofrer restrições, como ocorre com as normas de eficácia contida, cujo conceito foi acima explicitado. Nesse sentido, são os ensinamentos de ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA:

“Evidentemente não é esta a intenção do artigo 1º. Ao se referir à legislação nacional e à negociação coletiva para ‘dar efeito’ às disposições, a Convenção quis referir-se às diferentes passagens de seu texto onde certos aspectos da matéria são delegados à legislação complementar dos estados-membros, com o objetivo de flexibilizar e harmonizar seus dispositivos com a legislação local. Não significa que a própria Convenção 158 fique dependendo de lei e que seus dispositivos autoaplicáveis – que são todos, em nosso entendimento – não possam imediatamente entrar em vigência.”¹²⁵

A Convenção, nos termos de seu art. 2º, aplica-se aos empregados de entidades que exerçam atividade econômica. Sendo esta referente à produção de bens e serviços voltada ao mercado, alguns autores defendem restar excluído de sua abrangência o empregado doméstico¹²⁶, cuja prestação laborativa não pode ser utilizada por seu patrão com essa finalidade, consoante dispõe o art. 1º da Lei n. 5.859/72. Por outro lado, são abrangidos os empregados de associações, mesmo que beneficentes, vez que estas visam à obtenção de lucro, mas com o objetivo de reinvesti-lo na consecução de seu objeto, não sendo ele apropriado pelos associados.

O país-membro, com vistas a melhor adaptar a Convenção à realidade nacional, pode excluir de sua regulamentação, total ou parcialmente, algumas situações e espécies de empregados (art. 2º). São mencionadas expressamente as hipóteses de contratação por prazo determinado, como é o caso

¹²⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 183-185.

¹²⁵ SILVA, Antônio Álvares da. *A Convenção 158 da OIT*. Belo Horizonte: RTM, 1996. p. 120. Jorge Luiz Souto Maior também defende que a Convenção n. 158 é auto-aplicável e, mesmo que os seus preceitos precisassem de regulamentação, já existem normas na legislação nacional que o fazem. MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT*. p. 122-123.

¹²⁶ VIANA, Márcio Túlio *et al.* *Teoria e Prática da Convenção 158*. p. 29.

daquelas previstas no art. 443 da CLT, dentre as quais se encontra o contrato de experiência, também referido pela Convenção. Mas esta cuida de afirmar que a contratação a termo deve restringir-se a situações excepcionais, como forma de impedir que se elida a proteção por ela assegurada.

Permite-se também a exclusão de categorias de obreiros que gozem de uma proteção equivalente ou superior àquela prevista na Convenção, por força de normas especiais a eles aplicáveis. Seria o caso, por exemplo, dos empregados públicos da Administração direta, autárquica ou fundacional, que, consoante entendimento firmado pela doutrina e jurisprudência brasileiras, têm direito à estabilidade prevista no art. 41 da CF/88¹²⁷.

Outra possibilidade de exclusão refere-se à natureza e à dimensão do empregador e às condições laborativas particulares de determinados trabalhadores, como os ocupantes de cargo ou função de confiança e aqueles que já possuem os requisitos para se aposentar. O cerne da Convenção, no entanto, encontra-se em seu art. 4º, cujo enunciado segue transcrito:

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

Condiciona-se, portanto, a validade da dispensa à existência de um motivo juridicamente relevante. As causas relacionadas à capacidade e ao comportamento do trabalhador já foram acima explicitadas, nos comentários tecidos acerca do art. 7º, I, da Carta Magna. Os motivos relacionados às necessidades empresariais são aqueles de ordem econômica, tecnológica, estrutural ou análoga, os quais serão examinados mais detidamente, quando da análise dos arts. 13 e 14 da Convenção.

Cumprido observar, no entanto, que as causas relacionadas à conduta do trabalhador, para serem aptas a justificar a sua dispensa, devem guardar relação com o seu trabalho, isto é, devem afetar as funções por ele exercidas ou o próprio ambiente laborativo, conforme consta do relatório elaborado pela Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT, com relação à

¹²⁷ Esse entendimento, infelizmente, não vem sendo aplicado aos empregados das empresas estatais, salvo aqueles da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, conforme nos revela a Orientação Jurisprudencial n. 247, da SDI-I, do TST: “Servidor público. Celetista concursado. Despedida imotivada. Empresa pública ou sociedade de economia mista. Possibilidade. I - A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade. II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.”

Convenção n. 158 e à Recomendação n. 166¹²⁸. Esse mesmo entendimento deve ser aplicado às justas causas obreiras, inscritas no art. 482 da CLT, pois o empregado não pode ser punido, através de sua dispensa, por motivos relacionados exclusivamente à sua vida pessoal.

Esclarece o referido relatório que as condutas do obreiro abrangem tanto uma “falta profissional”, isto é, relacionada à execução de seu serviço, quanto uma “falta de comportamento”. A primeira incluiria, por exemplo, a negligência na realização das tarefas, a desobediência a ordens legítimas, a ausência reiterada ao trabalho. A segunda abrangeria hipóteses como a prática de agressão, física ou moral, aos colegas de trabalho ou ao patrão, a prática de atos desonestos e desleais no local de serviço, o dano propositado aos bens da empresa, dentre outros¹²⁹.

A análise do art. 4º, acima transcrito, revela que a Convenção n. 158 da OIT assegura o mesmo tipo de proteção da relação de emprego previsto pela Carta Magna, em seu art. 7º, inciso I, pois que busca o equilíbrio entre o capital e o trabalho, os interesses da empresa e os direitos do trabalhador, o desenvolvimento econômico e a justiça social. É este o entendimento adotado por ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA e LUIZ PHILLIPE VIEIRA DE MELO FILHO:

“A grande missão do capitalismo moderno é encontrar uma síntese razoável destes dois fatores que desafiam as relações sociais dos nossos dias: colocar o social à frente da realidade, esquecendo-se da base econômica de sustentação que deve ter, é destruir a estabilidade das instituições e ceder à linguagem fácil das palavras sem ação e da demagogia sem resultados. Por outro lado, colocar o econômico à frente de tudo e relegar o social é inverter o processo natural da evolução humana julgando as coisas mais importantes do que os homens. Isto significa, numa palavra, a prática de um capitalismo selvagem, que não veio para trazer o bem-estar, mas sim ruína moral e material do trabalhador e do cidadão. Ao jurista cabe a adequação desta balança, colocando seu fiel num ponto de equilíbrio que aproxime as virtudes, e não os malefícios, destes dois fatores em luta.”¹³⁰

“Há, portanto, certa maleabilidade, o que a afasta de nossa antiga estabilidade decenal. Adota-se uma fórmula intermediária através da qual nulifica-se a despedida arbitrária em prol da segurança ao trabalhador, conjugada com a saúde econômico-financeira da empresa.”¹³¹

No mesmo sentido se manifesta JORGE LUIZ SOUTO MAIOR:

¹²⁸ OIT. *Proteccion contra el despido injustificado*. p. 38.

¹²⁹ OIT. *Proteccion contra el despido injustificado*. p. 43.

¹³⁰ SILVA, Antônio Álvares da. *A Convenção 158 da OIT*. p. 62-63.

¹³¹ VIANA, Márcio Túlio *et al.* *Teoria e Prática da Convenção 158*. p. 78.

“A Convenção 158, da OIT, não traz às relações de trabalho uma armadura para retirar do empregador o controle de sua atividade empresarial, apenas vem, de forma plenamente compatível com nosso ordenamento jurídico, impedir aquilo que a moral – que muitas vezes coincide com o direito, lembre-se de Karl Larenz ao cuidar da invalidade do ato jurídico pela noção de imoralidade – já reclamava: impedir que um empregador dispense seu empregado por represálias ou simplesmente para contratar outro com salário menor. No caso de real necessidade para a dispensa, esta, em alguma das hipóteses mencionadas, está assegurada.”¹³²

Resta evidente, portanto, a plena compatibilidade da Convenção n. 158 com a Constituição Federal de 1988, vez que ambas buscam assegurar o mesmo tipo de proteção à relação de emprego.

A Convenção elenca, em rol meramente exemplificativo, motivos de natureza discriminatória, que não podem ser invocados para legitimar a dispensa (art. 5º). Mencionam-se a participação do obreiro no movimento sindical e a sua atuação como representante dos trabalhadores, o ajuizamento de ação contra o empregador para a satisfação de seus direitos, motivos ligados a condições pessoais (v.g., raça, cor, sexo, gravidez, religião, opiniões políticas) e a ausência do trabalho durante a licença-maternidade.

Na ordem jurídica brasileira atual, a proteção à relação de emprego, conferida ao trabalhador em virtude de sua atuação na defesa dos interesses coletivos, é assegurada apenas aos representantes obreiros e, mesmo assim, de forma limitada no tempo, consistindo nas denominadas “estabilidades provisórias”. É o caso do dirigente sindical que, desde o registro de sua candidatura e até um ano após seu mandato, somente pode ser dispensado caso cometa falta grave (art. 9º, VIII, da CF/88). A novidade trazida pela Convenção é estender a proteção a todos os trabalhadores (não somente aos seus líderes) e de forma não limitada no tempo.

A proteção em comento também irá possibilitar que o trabalhador acione o patrão judicialmente, no curso do contrato de trabalho, ao contrário do que ocorre nos dias atuais, o que lhe facilitará a produção e a reunião de provas, além de evitar a prescrição de seus direitos. Demais disso, poderá o empregado vir a atuar como testemunha em processo movido por outro trabalhador, contra o mesmo patrão, sem medo de perder seu emprego.

No que tange à gestante, a ordem jurídica atual garante o seu emprego, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, II, “b”, da CF/88). No período da licença-maternidade

¹³² MAIOR, Jorge Luiz Souto. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT. p. 123.

(120 dias), a empregada, embora não trabalhe, permanece recebendo o valor de seu salário, através de benefício pago pela Previdência Social (art. 7º, XVIII, da CF/88)¹³³.

A Convenção dispõe, em seu art. 6º, que a ausência da prestação laborativa “por motivo de doença ou lesão” não justifica a dispensa, o que é assegurado pelo Direito brasileiro desde o advento da CLT. Com efeito, por força dos institutos da interrupção e da suspensão contratuais, aplicáveis à hipótese, não pode o trabalhador ser dispensado nesse período de afastamento. A Lei n. 8.231/91 foi além, garantindo, em seu art. 118, o emprego à vítima de acidente de trabalho, ou de doença profissional ou ocupacional, pelo prazo de 12 meses da cessação da percepção do respectivo benefício previdenciário.

Nos termos do art. 7º da Convenção, o empregador tem o dever de conceder ao trabalhador o direito de se defender antes que seja consumada a sua dispensa por motivo relacionado ao seu comportamento ou ao seu desempenho. A garantia do direito de defesa, que tem sede constitucional (art. 5º, LV, da CF/88), somente poderá ser recusada se houver motivo razoável (*e.g.*, cometimento de uma falta grave, como a agressão física ao patrão). A forma como será concretizado o exercício desse direito, na ausência de regulamentação legal, pode ser determinada pelo regulamento empresarial ou pela contratação coletiva.

O trabalhador que considere a sua dispensa injustificada, mesmo após ter se defendido perante o patrão, poderá questioná-la perante um organismo neutro, como um tribunal (art. 8º). Esse direito encontra-se assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Carta Magna, que prevê a garantia do acesso ao Poder Judiciário. Tratando-se de controvérsia advinda de uma relação de trabalho, a competência para dirimi-la é da Justiça do Trabalho (art. 114, I, da CF/88). A Convenção também prevê, no mesmo dispositivo, o estabelecimento de um prazo, dentro do qual deverá o trabalhador apresentar a sua queixa perante o referido órgão. Com efeito, a ausência de limitação temporal para o exercício desse direito causaria grande insegurança social, além do fato de a decorrência de largo lapso de tempo dificultar a obtenção das provas necessárias. A própria Carta Magna cuida de estabelecer esse prazo, de natureza prescricional, sendo ele de 2 anos (art. 7º, XXIX).

Poderá ser atribuído ao empregador o ônus de provar, perante o órgão julgador, a existência de um dos motivos inscritos no art. 4º, como forma de legitimar a dispensa, conforme preceitua o art. 9º. Esse dispositivo prevê, ainda, a possibilidade de a legislação nacional estabelecer a competência dos

¹³³ De fato, “a exclusão dos fatos e atos apontados no art. 5º da Convenção do elenco das causas que justificam o término da relação de emprego encerra no Direito interno brasileiro supedâneo constitucional.”. In BATALHA, Wilson de Souza Campos, NETTO, Sílvia Marina L. Batalha de Rodrigues. *Rescisão contratual trabalhista: despedida arbitrária individual/coletiva*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 64.

órgãos julgadores para analisar a *suficiência* dos motivos alegados pelo empregador para efetuar a dispensa em razão das necessidades de funcionamento da empresa. A existência desses motivos e o seunexo causal com a despedida do trabalhador podem, obviamente, ser averiguados por tais órgãos. Mas é que mesmo que existentes tais necessidades, podem elas, eventualmente, ser solucionadas de outra forma, não sendo necessário, para tanto, que se proceda às dispensas. É exatamente essa análise que o dispositivo faculta que seja atribuída aos órgãos julgadores.

São previstas providências a serem tomadas na hipótese de tais órgãos concluírem que a dispensa foi injustificada (art. 10). Assim, se a legislação nacional não permitir que seja invalidado o término e ordenada a reintegração do trabalhador, ou se esta, face às circunstâncias do caso concreto, não for aconselhável, será determinado o pagamento de uma indenização ou outra forma de reparação que seja adequada¹³⁴.

É prevista também a concessão de um aviso-prévio ao trabalhador a ser dispensado, o qual, se não concedido, será substituído pelo pagamento de uma indenização (art. 11)¹³⁵. Esse direito poderá não ser conferido se a dispensa é motivada pela prática de uma justa causa. No Direito brasileiro, o aviso-prévio é regulado pelos arts. 487 a 491 da CLT, sendo indevido ao empregado que pratica justa causa. A Constituição Federal de 1988, ao prevê-lo em seu art. 7º, XXI, determina que será ele de, no mínimo, 30 dias, mas deve ser regulado de forma a ser proporcional ao tempo de serviço do empregado. Essa regulamentação, no entanto, ainda não foi feita pelo legislador infraconstitucional.

Há ainda a previsão de determinadas parcelas que deverão ser pagas ao trabalhador, em razão da dispensa, mesmo sendo esta motivada, a não ser que o motivo seja a prática de uma justa causa, hipótese em que a Convenção permite a exclusão desse direito (art. 12). Essas parcelas, portanto, não se confundem com a indenização do art. 10, pois que esta é paga ao obreiro dispensado imotivadamente, quando não couber a sua reintegração. São diversas também da indenização substitutiva do aviso-prévio. Trata-se de uma reparação pecuniária, paga diretamente pelo empregador ou por um fundo constituído por cotizações de empregadores, cujo montante é calculado com base no tempo de serviço do empregado e no valor de seu salário, entre outros critérios. Essa indenização é semelhante à

¹³⁴ Destaca-se que a Convenção n. 158 confere primazia e preferência à reintegração, em face da indenização, como sanção à dispensa imotivada: “a Convenção da OIT também aceita a possibilidade da indenização como uma sanção, mas busca torná-la secundária em relação à sanção da reintegração.”. In DAVIES, Anne C. L. *Perspectives on Labour Law*. p. 160-161. Tradução nossa.

¹³⁵ Observa-se que também a Carta Social Européia (seja aquela de 1961, seja a de 1996), em seu art. 4, §4º, determina que os Estados-membros da União devem reconhecer a todos os trabalhadores o direito a um período de aviso-prévio “razoável” antes do término da relação de emprego. In DAVIES, Anne C. L. *Perspectives on Labour Law*. p. 159.

existente no Direito brasileiro, relativa ao FGTS, tanto com relação à sua forma de cálculo, quanto à sua fonte de custeio, pois é um fundo formado por contribuições dos empregadores.

O referido dispositivo contempla, ainda, outra parcela, de natureza previdenciária, relativa ao seguro-desemprego. Este é também previsto pela Carta Magna (art. 7º, II), como um direito do trabalhador que se encontra em situação de desemprego involuntário, sendo regulado pela Lei n. 7.998/90. De acordo com a Convenção, essa parcela poderá coexistir com a indenização supra aludida.

Por fim, é disciplinada a dispensa fundada em motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos (arts. 13 e 14). Esses motivos não se relacionam com a capacidade ou o comportamento do trabalhador, mas com a empresa ou o estabelecimento. O empregado é dispensado não por ser ineficiente ou por ter praticado uma infração, mas porque o seu posto de trabalho foi extinto, por causas ligadas à própria empresa, à sua estrutura e funcionamento¹³⁶. Exemplos desses motivos, de ordem econômica, seriam a recessão, a inflação, a limitação de crédito, a diminuição brusca da demanda, a perda de domínio do mercado, a limitação da produção, problemas de venda, distribuição, liquidez, a restrição de acesso à matéria prima. Os motivos tecnológicos estão geralmente relacionados à informatização e à robótica, enquanto que os estruturais, como o próprio nome revela, têm caráter mais abrangente, implicando uma transformação em segmentos significativos da empresa, em sua parte orgânica, finalística e relacional¹³⁷.

Assim como nas causas relacionadas ao comportamento e à capacidade do empregado, deve existir um nexo de causalidade entre os motivos apontados e a necessidade de se reduzir postos de trabalho na empresa, de modo a ser legítima a dispensa do obreiro. Essas causas, em regra, ocasionam a necessidade de se extinguir não apenas um emprego, singularmente, mas vários deles, conduzindo, portanto, às dispensas coletivas.

São previstos determinados procedimentos que deverão ser adotados pelo empregador antes de proceder às despedidas fundadas nos motivos em comento. Menciona-se a consulta aos representantes dos trabalhadores, acompanhada de informações relativas às causas da dispensa que se pretende efetuar, bem como ao número e às categorias de trabalhadores envolvidos. Nessa oportunidade, poderão esses representantes negociar com a empresa medidas para evitar ou limitar as dispensas, e, caso estas sejam realmente necessárias, para atenuar os males advindos aos obreiros despedidos.

¹³⁶ Quando nos referimos à extinção do posto de trabalho não aludimos apenas à supressão da função exercida pelo obreiro na empresa, pois que esta pode ser mantida, com a redução do número de pessoas que a exercem.

¹³⁷ SILVA, Antônio Álvares da. *A Convenção 158 da OIT*. p. 103-107.

Além da consulta supra mencionada, é prevista uma notificação escrita, feita pelo empregador à autoridade competente (v.g., um órgão do Governo), transmitindo-lhe as informações acima aludidas (motivos dos términos, trabalhadores envolvidos). O objetivo dessa notificação pode ser o de proporcionar que essa autoridade tente uma possível conciliação ou que tome medidas para ajudar os empregados afetados. É ela de grande importância pelo fato de essas dispensas envolverem, em geral, vários trabalhadores, causando, assim, problemas econômicos e sociais à própria comunidade, além de aumentarem os gastos públicos, como os relativos ao seguro-desemprego.

A Convenção prevê que tais procedimentos poderão ser limitados às dispensas de, no mínimo, um certo número de trabalhadores ou de um percentual em relação à totalidade de obreiros da empresa. Nada impede, entretanto, que sejam adotados em qualquer hipótese, mesmo se tratando da dispensa de um único empregado, como ocorre em alguns países¹³⁸. Os demais aspectos pertinentes a tais procedimentos, como prazos, ordem de realização, objetivos pretendidos, bem como os critérios definidores de quais trabalhadores serão dispensados, poderão ser estabelecidos pela lei ou mesmo pela contratação coletiva.

A análise dos dispositivos da Convenção n. 158 revela que ela se encontra em plena consonância com o modelo de proteção da relação de emprego preconizado pela Constituição Federal de 1988. Como observado pelo professor ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA, a Convenção é equilibrada e moderna, constituindo-se na maior conquista obtida pelos trabalhadores brasileiros depois da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)¹³⁹.

2.5.4 Arguição da inconstitucionalidade da Convenção n. 158

Em 08/07/1996, a Confederação Nacional do Transporte (CNT) e a Confederação Nacional da Indústria (CNI) ajuizaram, perante o STF, a ADIn n. 1.480, com pedido de concessão liminar da tutela jurisdicional. Por meio dessa ação, requeriam a declaração da invalidade constitucional do Decreto Legislativo n. 68, de 1992, que aprovou a Convenção n. 158, e do Decreto n. 1.855, de 1996, que cuidou de promulgá-la.

A Suprema Corte, por maioria, concedeu a medida liminar requerida, suspendendo a eficácia desses diplomas normativos até o julgamento final da ADIn. Entretanto, em 20 de dezembro de 1996,

¹³⁸ OIT. *Protección contra el despido injustificado*. p. 128.

¹³⁹ SILVA, Antônio Álvares. Palestra proferida a empresários reunidos na Associação Comercial de Minas Gerais *apud* ALMEIDA, Lúcio Rodrigues de. A convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho. *Trabalho & Doutrina*, São Paulo, ano 05, n. 12, p. 88-97, mar. 1997. p. 93.

foi editado o Decreto n. 2.100, para tornar público o registro da denúncia da Convenção efetuado pelo Brasil junto à OIT, em 20 de novembro do mesmo ano. O referido diploma mencionava que, a partir de 20 de novembro de 1997, isto é, um ano após o registro da denúncia, a Convenção n. 158 não estaria mais em vigor no País, consoante previsto pelo art. 17, parágrafo 1, desse tratado.

Em razão dessa denúncia, o Pretório Excelso julgou extinta a ADIn pela “perda superveniente de seu objeto”. Mas, em 19/06/1997, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) e a Central Única dos Trabalhadores (CUT) ajuizaram a ADIn n. 1.625, visando à declaração da inconstitucionalidade do Decreto n. 2.100. Por maioria de votos, o plenário do STF julgou a CUT parte ilegítima, excluindo-a do pólo ativo da ação. No julgamento do mérito, o Ministro relator MAURÍCIO CORRÊA e o Ministro CARLOS BRITTO proferiram seus votos no sentido da procedência parcial da ação, por entenderem ser necessário o referendo do Congresso Nacional, por força do art. 49, I, da CF/88, para que a denúncia fosse eficaz.

O Ministro NÉLSON JOBIM, no entanto, pediu vista dos autos em 09/10/2003, requerendo a sua renovação em 28/04/2004, o que foi deferido pelo presidente da Corte à época, Ministro MAURÍCIO CORRÊA. Finalmente, em março de 2006, o então presidente do Tribunal, Ministro NÉLSON JOBIM, na iminência de se aposentar do cargo, proferiu sua decisão, no sentido da improcedência da ação. O Ministro JOAQUIM BARBOSA, por sua vez, em 29/03/2006, requereu vista dos autos, os quais foram remetidos ao seu gabinete, sendo essa a situação existente no momento em que se escreve o presente trabalho.

Importa, primeiramente, analisar os argumentos contrários à constitucionalidade dos diplomas que aprovaram e promulgaram a Convenção n. 158, apontados pelo STF quando da concessão de medida liminar na ADIn n. 1.480. Em seguida será analisada a regularidade da denúncia da Convenção, efetuada pelo então Presidente FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, através do Decreto n. 2.100/96.

2.5.5 Análise dos argumentos contrários à constitucionalidade da Convenção n. 158

Foram três, basicamente, os argumentos contrários à validade da Convenção n. 158, apreciados pela Suprema Corte. Primeiramente, afirmou-se que o objeto da Convenção é a regulamentação do art. 7º, I, da Carta Magna, e, pelo fato de esse dispositivo exigir que isso seja feito por lei complementar, seria o referido tratado inválido. Com efeito, de acordo com entendimento consagrado pelo STF, o tratado internacional é incorporado à ordem jurídica interna com a hierarquia de lei ordinária, não podendo, portanto, regular matéria reservada a lei complementar. O segundo argumento refere-se ao

art. 10 da Convenção, que prevê a possibilidade de o trabalhador dispensado arbitrariamente ser reintegrado. Afirmou-se ser esse dispositivo contrário à forma de proteção assegurada pela Lei Maior, que é a indenização compensatória, mencionada expressamente no art. 7º, I, e no art. 10, I, do ADCT. Alegou-se, por fim, que a Convenção seria inaplicável, em razão do disposto em seu art. 1º, sendo, portanto, “mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno”.

Dos três argumentos acima mencionados, apenas o segundo não foi aceito pelo STF, pois este considerou que a Convenção n. 158, em seu art. 10, não impõe que os países-membros adotem a reintegração como resposta à invalidação da dispensa, podendo optar pelo pagamento de uma indenização¹⁴⁰. Os outros dois argumentos foram acolhidos pelo Pretório Excelso quando concedeu a liminar.

No que tange à interpretação conferida pelo STF ao art. 1º da Convenção, para concluir que ela não é autoaplicável, já foi ela rebatida quando da análise desse dispositivo, acima efetuada, não cabendo, portanto, repetir os argumentos ali expostos. Importa, no entanto, recordar o princípio fundamental de hermenêutica que prescreve que, frente a duas interpretações acerca de um dispositivo, deve-se optar por aquela que lhe confere maior efetividade¹⁴¹. Esse princípio torna-se ainda mais imperativo no caso em tela, pois a Convenção n. 158, por conter normas relativas a direitos e garantias fundamentais, tem aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, §1º, da CF/88. Acerca desse dispositivo, JOSÉ AFONSO DA SILVA tece os seguintes comentários:

“Sua existência só por si, contudo, estabelece uma ordem aos aplicadores da Constituição no sentido de que o princípio é o da eficácia plena e a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais: individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos, de tal sorte que só em situação de absoluta impossibilidade se há de decidir pela necessidade de normatividade ulterior de aplicação. Por isso, revela-se, por seu alto sentido político, como eminente garantia política de defesa da eficácia jurídica e social da Constituição.”¹⁴²

Outra norma que deve ser invocada é o art. 5º do Decreto-lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942, conhecido como Lei de Introdução ao Código Civil. Esse dispositivo estabelece que a

¹⁴⁰ Esse entendimento é defendido por Arnaldo Süssekind, para quem a Convenção n. 158, em momento algum, impõe ao empregador o dever de reintegração, assegurando, ao contrário, medidas alternativas à garantia de emprego, razão pela qual não há qualquer incompatibilidade entre o tratado e a CF/88. SÜSSEKIND, Arnaldo. A compatibilidade entre a Convenção OIT-158 e a Constituição brasileira. *Suplemento Trabalhista*, São Paulo, LTr, v. 32, n. 08, p. 53-55, 1996. p. 54.

¹⁴¹ “*Commodissimum est, id accipi, quo res de qua agitur, magis valeat quam pereat*: ‘Prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, ao invés da que os reduza à inutilidade.’ (...) na dúvida, atribui-se, de preferência, à lei um sentido de que resulte a validade, ao invés de nulidade”. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. p. 250.

¹⁴² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 467.

interpretação de um diploma legal deve atender aos fins sociais a que ele se dirige e às exigências do bem comum. Ora, a interpretação conferida pelo STF viola essa norma, pois, ao retirar a eficácia da Convenção n. 158, contraria a sua finalidade, de fundamental importância ao bem-estar social, que é a proteção da relação de emprego contra as dispensas imotivadas. Nesse sentido, pode-se invocar o princípio da norma mais favorável, no que tange à interpretação das normas trabalhistas¹⁴³. A própria Corte de Cassação francesa, como veremos, ao analisar o conteúdo e as normas da Convenção n. 158, concluiu pela sua aplicabilidade direta, ao contrário do STF.

Demonstrada a insubsistência de tal argumento, passemos à análise daquele eleito como fundamental pela Suprema Corte para considerar inconstitucional a Convenção em tela: o da exigência de lei complementar pelo art. 7º, I, da CF/88, para regular a proteção ali prevista. O STF firmou entendimento, em diversas decisões, de que o tratado internacional, aprovado pelo Congresso Nacional e promulgado pelo Presidente da República, é incorporado à ordem jurídica interna com a hierarquia de lei ordinária¹⁴⁴. Sendo esse o *status* da Convenção n. 158, não poderia ela tratar de matéria reservada constitucionalmente a lei complementar, razão pela qual seria inválida, formalmente, frente à Carta Magna.

A decisão prolatada pela Suprema Corte recebeu duras críticas por parte de diversos autores. Afirmou-se que a equiparação do tratado internacional à lei ordinária não pode prosperar, posto inexistir qualquer norma constitucional expressa nesse sentido. Ao contrário, a Lei Maior, em seu art. 105, III, “a”, aponta no sentido da equivalência entre o “tratado” e a “lei federal”, aqui referida em sentido amplo, sem distinção entre lei ordinária e complementar. Assim, não haveria que se falar em inferioridade hierárquica do tratado em relação à lei complementar, podendo aquele cumprir o papel reservado a esta.

Defendeu-se também a ausência de hierarquia entre a lei ordinária e a lei complementar, pois a diferenciação entre elas é apenas com relação ao quórum exigido para a sua aprovação, sendo este qualificado com relação à segunda, nos termos do art. 69 da CF/88. A exigência de uma formalidade

¹⁴³ Segundo Mauricio Godinho Delgado, o princípio da norma mais favorável, em sua dimensão interpretativa, determina que “no processo de aplicação e interpretação do Direito, o operador jurídico, situado perante um quadro de conflito de regras ou de interpretações consistentes a seu respeito, deverá escolher aquela mais favorável ao trabalhador, a que realize melhor o sentido teleológico do Direito do Trabalho.”. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 199-200.

¹⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 235. Ingo Wolfgang Sarlet observa que esse princípio da paridade entre tratado e lei ordinária, embora ainda prevaleça na jurisprudência do STF, é sustentado cada vez menos pela doutrina. SARLET, Ingo Wolfgang. A Reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: observações sobre o § 3º do art. 5º da Constituição. *Interesse Público*, Porto Alegre, Notadez, ano 08, n. 37, p.49-64, mai./jun. 2006. p. 59.

mais rigorosa para a aprovação de lei complementar advém da necessidade de se conferir maior estabilidade a esse diploma, com relação a eventuais alterações, em virtude de ter ele a função de regular determinadas matérias de maior importância, sob a ótica constitucional. Ocorre que a Convenção n. 158 atende a esse escopo, na medida em que a sua denúncia, que equivaleria à revogação da lei, só poderia ser feita após dez anos de sua ratificação e, mesmo assim, só produziria efeitos após um ano de seu registro junto à OIT, consoante previsto por seu art. 17, parágrafo 1.

Ademais, o tratado, por força do disposto no art. 5º, §2º, da CF/88, cumpre o mesmo papel por esta reservado às leis complementares, qual seja, o de integrar o conteúdo dos preceitos constitucionais, compondo o denominado bloco de constitucionalidade¹⁴⁵. Assim, o art. 7º, inciso I, ao mencionar a lei complementar, não excluiria a possibilidade de a matéria ser regulada por um tratado internacional, que cumpre também o papel de integrar as normas constitucionais. A exigência de diploma complementar dirigir-se-ia apenas ao legislador interno, que estaria jungido à edição dessa espécie normativa para regular validamente o preceito constitucional em análise.

Arguiu-se também, em favor da validade da Convenção, o fato de ela ter sido aprovada pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo n. 68/92, o que revela a sua “constitucionalidade implícita”. Com efeito, caso fosse esse tratado contrário à Lei Maior, não teria recebido a aprovação do Parlamento. Isso ocorreu com a Convenção n. 87 da OIT, que versa sobre a autonomia sindical, a qual não foi aprovada pelo Congresso por ser contrária à CF/88¹⁴⁶.

2.5.6 A hierarquia constitucional da Convenção n. 158

Os argumentos acima expostos já seriam suficientes para rebater o entendimento adotado pelo STF, qual seja, o da inconstitucionalidade da Convenção n. 158. Todavia, há uma peculiaridade nesse tratado que nos leva a uma outra linha argumentativa, mais coerente e harmônica com as normas e o espírito da Constituição Federal de 1988.

A Carta Magna, ao elencar os princípios que devem reger a República Federativa do Brasil, em suas relações internacionais, afirma a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, III). Esse princípio relaciona-se intrinsecamente com a proteção da dignidade da pessoa humana, que é um dos

¹⁴⁵ O denominado “bloco de constitucionalidade” representa “a reunião de diferentes diplomas normativos de cunho constitucional, que atuam, em seu conjunto, como parâmetro do controle de constitucionalidade”. Ele, portanto, “não abrange necessariamente apenas normas constitucionais embasadas em disposições expressas de textos com hierarquia constitucional.”. SARLET, Ingo Wolfgang. A Reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos. p. 53.

¹⁴⁶ VIANA, Márcio Túlio *et al.* *Teoria e Prática da Convenção 158*. p. 84.

fundamentos do Estado brasileiro (art. 1º, III)¹⁴⁷. Essas normas revelam o compromisso da Lei Maior com o estabelecimento de regras internacionais de proteção aos direitos da pessoa humana, imprescindíveis à sua dignidade. Tal comprometimento revela-se, de modo bastante claro, no art. 5º, §2º, da CF/88, *in verbis*:

“Art. 5º.(...)
§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (sem grifos no original)

O preceito acima transcrito, consoante nos revela PAULO HAMILTON SIQUEIRA JÚNIOR, vem expresso nos textos constitucionais brasileiros desde a Carta Magna de 1891, mas a menção aos tratados internacionais é uma inovação da Constituição Federal de 1988¹⁴⁸. Esse grande avanço ético-jurídico partiu da proposta apresentada à Assembléia Nacional Constituinte por ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, então consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores¹⁴⁹. VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI observa que, por meio do §2º do art. 5º, “a Constituição brasileira de 1988 deu um passo extraordinário rumo à abertura do nosso sistema jurídico ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos”¹⁵⁰.

Segundo MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, a origem do §2º do art. 5º, da CF/88, se encontra na 9ª Emenda à Constituição dos EUA, que dispõe que “a enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo”¹⁵¹.

O dispositivo em tela, em conjunto com outras normas da CF/88 (v.g, o Preâmbulo e os arts. 1º, II e III, 3º, I a IV, 4º, II), formam um verdadeiro sistema constitucional de proteção dos direitos

¹⁴⁷ Paulo Bonavides ressalta que, no Direito brasileiro, a dignidade da pessoa humana é o “mais alto valor incorporado à Constituição como fórmula universal de um novo Estado social de Direito”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 643.

¹⁴⁸ JÚNIOR, Paulo Hamilton Siqueira. *Tratados internacionais de direitos humanos*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 11, n. 43, p. 07-30, abr./jun. 2003. p. 17.

¹⁴⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos direitos humanos*. v. 1. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 407.

¹⁵⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo parágrafo 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005. p. 94.

¹⁵¹ Essa emenda foi promulgada em 1791. FILHO, Manuel Gonçalves Ferreira. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 87.

humanos¹⁵². Esses direitos são caracterizados pela sua universalidade e indivisibilidade. São universais porque o único requisito exigido à sua titularidade é a condição de pessoa humana¹⁵³. São indivisíveis porque interdependentes e inter-relacionados, de modo que o pleno gozo de um desses direitos pressupõe, necessariamente, o exercício dos demais.

Como observado por FLÁVIA PIOVESAN, “os direitos civis e políticos não de ser somados aos direitos sociais, econômicos e culturais, já que não há verdadeira liberdade sem igualdade e nem tampouco há verdadeira igualdade sem liberdade.”¹⁵⁴. CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO também nota que “a ONU considera os direitos civis e políticos, bem como os direitos econômicos e sociais como indivisíveis e todos tendo o mesmo nível de obrigatoriedade”¹⁵⁵.

Sendo, portanto, direitos inerentes a toda e qualquer pessoa, assumem uma dimensão internacional, na medida em que a sua tutela passa a ser de interesse não apenas de cada Estado em particular, mas de toda a comunidade internacional, o que se traduz na formulação de regras internacionais de proteção a esses direitos¹⁵⁶.

Tratando-se de atributos essenciais à pessoa humana, esses direitos devem ser interpretados da forma mais abrangente possível, abrindo-se também espaço à sua constante ampliação, sobretudo em razão da velocidade, cada vez maior, das mudanças verificadas no mundo contemporâneo. Consciente disso, o legislador constituinte, ao traçar o elenco dos direitos fundamentais¹⁵⁷, cuidou de fazê-lo de

¹⁵² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. 2ª ed. São José (Costa Rica): Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996. p. 178-179.

¹⁵³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos Humanos na Ordem Jurídica Interna*. Belo Horizonte: Interlivros Jurídica de Minas Gerais, 1992. p. 20.

¹⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, Procuradoria Geral do Estado, p. 81-102, jan./dez. 1999. p. 92.

¹⁵⁵ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. org. Ricardo Lobo Torres. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 25.

¹⁵⁶ Essa percepção ganhou força após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), expressando-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, e nos demais documentos internacionais que a sucederam, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em São José, na Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Como observa Valério Mazzuoli, “como resposta às barbáries cometidas no Holocausto, onde imperava a lógica do terror e do medo, e onde a vida humana nada mais era do que simplesmente descartável, a comunidade internacional começou a esboçar um novo – e até então inédito – cenário mundial de proteção de direitos, que pudesse servir, na busca da reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a nova ordem mundial. Se a Segunda Guerra representou a ‘ruptura’ para com os Direitos Humanos, o pós-Segunda Guerra deveria representar a sua ‘reconstrução’.” MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 13, n. 52, p. 327-337, jul./set. 2005. p. 328.

¹⁵⁷ Os direitos humanos diferenciam-se dos direitos fundamentais na medida em que aqueles são reconhecidos em documentos internacionais, enquanto que estes se encontram positivados na ordem jurídica interna dos países. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a distinção se baseia “nas diferenças entre o plano internacional de positivação (direitos humanos) e o plano constitucional (direitos fundamentais)”. SARLET, Ingo Wolfgang. A Reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos. p. 51. A tendência das modernas Constituições é incluir, cada vez mais, os direitos

forma não taxativa (“*numerus apertus*”), para permitir que aos expressamente consignados se reunissem outros, igualmente dignos de proteção. Logrou-se esse intento através do dispositivo em tela - art. 5º, §2º - conhecido como princípio da não identificação ou da cláusula aberta¹⁵⁸.

Desse modo, a partir do disposto nesse preceito constitucional, é possível reconhecer-se três grupos de direitos e garantias fundamentais: os direitos e garantias expressos na Constituição, que são aqueles explicitamente enunciados pela CF/88; os direitos implícitos, que se encontram subentendidos nas regras de garantias ou são decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Lei Maior; e os direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte¹⁵⁹. Esse mesmo entendimento é adotado por ilustres juristas como JOSÉ AFONSO DA SILVA e MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO¹⁶⁰.

Dessa forma, os direitos humanos expressos nos tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro são reconhecidos pela Constituição Federal como integrantes do elenco de direitos fundamentais por ela protegidos. E não poderia ser diferente, pois o reconhecimento e a proteção desses direitos é matéria eminentemente constitucional, formando, ao lado das normas que regulam a estrutura e a organização do Estado, a Constituição em seu sentido material¹⁶¹. Não há possibilidade, portanto, de se atribuir um outro *status* que não o constitucional às normas definidoras de direitos ou garantias fundamentais. Não é sequer possível traçar uma hierarquia entre esses direitos, de modo a se afirmar que alguns deles se sobrepõem aos demais, até mesmo porque, como vimos, guardam entre si uma relação de interdependência.

Destarte, por força do art. 5º, §2º, da Carta Magna, os tratados internacionais que veiculem normas protetivas de direitos humanos são recepcionados, na ordem jurídica interna, com o *status* de normas constitucionais¹⁶². Como observado por CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO, “a Constituição de

humanos no elenco dos direitos fundamentais por elas consagrados, sendo esse o escopo do art. 5º, §2º, da Carta Magna de 1988.

¹⁵⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 37, n. 148, p. 231-250, out./dez. 2000. p. 236.

¹⁵⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. p. 234-235.

¹⁶⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. p. 235.

¹⁶¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 43. O entendimento de que os direitos fundamentais não podem estar previstos em qualquer lei, mas devem estar garantidos por uma lei igualmente fundamental, isto é, a Constituição, é expresso pelo professor Joaquim Carlos Salgado, citado por MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos Humanos na Ordem Jurídica Interna*. p. 20.

¹⁶² Essa posição é defendida por eminentes doutrinadores, tais como Flávia Piovesan, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes, Antônio Magalhães Gomes Filho, Celso de Albuquerque Mello, Carlos Weiss, Cezar Augusto Rodrigues Costa, Clèmerson Merlin Clève, Fernando Luiz Ximenes Rocha e Jorge Miranda, esse último em comentários a

1988 no §2º do art. 5º constitucionalizou as normas de direitos humanos consagradas nos tratados. Significando isto que as referidas normas são normas constitucionais”¹⁶³. No mesmo sentido se expressa FLÁVIA PIOVESAN:

“Ao estatuir que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros documentos dos Tratados Internacionais em que o Brasil seja parte, a Constituição brasileira de 1988 passa a incorporar os direitos enunciados nos Tratados de direitos humanos no universo dos direitos constitucionalmente consagrados. (...) A Carta de 1988 confere aos tratados de direitos humanos o *status* de norma constitucional. (...) No plano da proteção dos direitos humanos interagem o Direito Internacional e o Direito interno movidos pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano, tendo em vista que a primazia é da pessoa humana.”¹⁶⁴.

Também defende esse entendimento VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI:

“Com base nesse dispositivo, que segue a tendência do constitucionalismo contemporâneo, sempre defendemos que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata (...) a nossa interpretação sempre foi a seguinte: se a Constituição estabelece que os *direitos e garantias* nela elencados ‘não excluem’ outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil ‘se incluem’ no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem.”¹⁶⁵.

Nesse sentido também versa JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, o qual, ao se referir à Convenção Européia dos Direitos do Homem, ao Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, afirma que “a paridade hierárquico-normativa, ou seja, o valor legislativo ordinário das convenções internacionais deve rejeitar-se pelo menos nos casos de convenções de conteúdo materialmente constitucional”. O ilustre

dispositivo semelhante presente na Constituição portuguesa. In MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. p. 240.

¹⁶³ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. p. 25.

¹⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 94 e 111-112.

¹⁶⁵ MAZZUOLI, Valério. O novo parágrafo 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. p. 94-95.

constitucionalista, portanto, considera os direitos provenientes dos referidos tratados de direitos humanos como normas materialmente constitucionais¹⁶⁶.

De fato, não há como conceber a existência de normas definidoras de direitos fundamentais situadas abaixo da Carta da República, no mesmo plano da legislação infraconstitucional. Caso assim se entendesse, admitir-se-ia a livre revogação dessas normas pelo legislador ordinário, o que é inaceitável. Esse entendimento também é defendido por ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE que, como vimos, foi o autor da redação do art. 5º, §2º. Esse autor, ironicamente, nota que não se pode tratar de modo igual um acordo comercial sobre exportação de laranjas e um tratado de direitos humanos:

“À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, nos planos tanto nacional quanto internacional, a ser interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados. Os tratados de direitos humanos têm um caráter especial, e devem ser tidos como tal. O propósito do disposto nos parágrafos 2 e 1 do art. 5º da Constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário da normativa internacional de proteção alçada a nível constitucional.”¹⁶⁷.

O entendimento acima exposto está em plena consonância com a interpretação que deve ser conferida às normas da Constituição Federal de 1988, - notadamente pelo Poder Judiciário -, para atender aos mandamentos desta e fortalecer a democracia no País, como nota JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“Uma interpretação da Constituição que fortaleça a democracia há de ser aquela que reconheça a primazia dos valores e princípios constitucionais, especialmente os valores da dignidade da pessoa humana, da cidadania, dos direitos fundamentais em geral e que, a partir desses pressupostos, não titubeie em constitucionalizar novos direitos. Não se trata de nova forma de legislar por via de interpretação constitucional. A justiça constitucional em todo o mundo vem expandindo o âmbito dos direitos fundamentais com o reconhecimento que eles encontram guardada no texto da Constituição”¹⁶⁸.

¹⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 723.

¹⁶⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. *Anais do VI Seminário Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*. p. 03-48. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da UERJ, 1997 *apud* MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. p. 27-28.

¹⁶⁸ SILVA, José Afonso da. Interpretação da Constituição e democracia. *Interesse Público*, Porto Alegre, Notadez, ano 07, n. 34, p. 13-25, nov./dez. 2005. p. 21.

Nesse sentido, o autor destaca a importância do §2º do art. 5º, que consiste em uma norma “em termos bastante abertos a uma jurisprudência dos valores receptiva a novos direitos da pessoa humana”¹⁶⁹.

Isto posto, importa analisar o conteúdo da Convenção n. 158 da OIT, de modo a precisar a sua hierarquia na ordem jurídica interna. Como vimos, esse tratado versa sobre a proteção da relação de emprego, que se encontra prevista expressamente no art. 7º, inciso I, da Carta Magna. Por garantir o direito ao trabalho, bem como por conferir eficácia aos demais direitos trabalhistas, essa proteção insere-se entre os direitos do homem-trabalhador, os quais se situam entre os direitos sociais, previstos no Capítulo II (“Dos direitos sociais”) da CF/88. Esses direitos, por sua vez, ao lado dos direitos individuais, coletivos, à nacionalidade e políticos, formam o Título II da Carta Magna, intitulado “Dos direitos e garantias fundamentais”. Dessa forma, resta solar que a Convenção n. 158 é um tratado internacional que contém normas de proteção a direitos fundamentais¹⁷⁰.

Desse modo, é inegável que a Convenção n. 158 foi incorporada ao Direito brasileiro com o *status* constitucional, tornando-se parte integrante da Constituição Federal de 1988, por força de seu art. 5º, §2º¹⁷¹.

Há que se observar que o art. 5º, §2º, da CF/88 faz menção a “direitos” e “garantias”, de modo a abranger todas as normas da Convenção n. 158. Com efeito, os dispositivos que versam, por exemplo, sobre a análise, pelo órgão julgador, da existência ou não de uma justificativa para a dispensa, encerram uma garantia, pois são um meio destinado a assegurar o exercício do direito do trabalhador de não ser dispensado imotivadamente.

Pelo exposto, pode-se afirmar que a Convenção n. 158 é parte integrante da CF/88. Assim, a proteção da relação de emprego, enunciada no art. 7º, inciso I, ganha contornos precisos, por normas de

¹⁶⁹ SILVA, José Afonso da. *Interpretação da Constituição e democracia*. p. 25.

¹⁷⁰ O direito ao trabalho e à proteção contra o desemprego vem expresso em documentos internacionais de proteção aos direitos humanos, como no art. 23, parágrafo 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, *in verbis*: “Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego”. Outro exemplo é o Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), assinado em 17 de novembro de 1988, que, em seu art. 7º, fixa as bases de um Direito do Trabalho em condições justas e equitativas, entre as quais se encontra “d) Estabilidade dos trabalhadores em seus empregos, de acordo com as características das indústrias e profissões e com as causas da justa separação. Nos casos de demissão injustificada, o trabalhador terá direito a uma indenização ou à readmissão no emprego ou a quaisquer outras prestações previstas pela legislação nacional.”. Cumpre mencionar, ainda, a Constituição da OIT, na qual constam (mais precisamente, na Declaração da Filadélfia, de 1944, que a integra) os princípios de que “o trabalho não é uma mercadoria” (item I, a) e de que “uma paz durável só pode ser estabelecida sobre a base da justiça social” (item II), sendo “obrigação solene” da OIT estimular, nos diversos países do mundo, programas destinados a realizar “a plenitude do emprego e a elevação dos níveis de vida” (item III, a). Nesse sentido, a proteção contra o desemprego, através de um sistema jurídico que proíba a dispensa arbitrária, é o mínimo necessário para se atender a esses princípios.

¹⁷¹ Essa posição é defendida por Antônio Álvares da Silva, em sua obra *A constitucionalidade da Convenção 158 da OIT*. Belo Horizonte: RTM, 1996. p. 38-39.

status constitucional. Não se pode mais dizer que se trata de uma norma de eficácia limitada, sendo necessária uma lei complementar para lhe conferir efetividade. Ao contrário, pode-se afirmar que, com o advento da Convenção n. 158, a proteção aí referida tornou-se um direito de aplicabilidade imediata.

Entretanto, a própria Convenção admite a restrição do alcance de algumas de suas normas (v.g, exclusão de alguns empregados da proteção contra a dispensa arbitrária), o que poderá ser feito através da legislação infraconstitucional. Esse é o papel a ser cumprido pela lei complementar referida no art. 7º, I, qual seja, o de limitar, no que for permitido, a eficácia da proteção em tela, e não de conferir a ela efetividade, a qual já se faz presente.

Há de se ressaltar que já existem, na legislação trabalhista brasileira, normas que regulam as disposições da Convenção n. 158, como aquelas que definem as justas causas obreiras (v.g, art. 482 da CLT). Essas normas passariam, portanto, a ter o *status* de lei complementar, pois cumpririam a função reservada constitucionalmente a esse diploma, qual seja, a de regular a proteção da relação de emprego contra a dispensa imotivada. Esse aspecto foi ressaltado por JOSÉ AFONSO DA SILVA que, ao comentar sobre as normas já presentes no Direito brasileiro sobre a matéria, como aquelas da CLT, nota que “na espécie, funciona o princípio da recepção, como complementar, da lei existente sobre o assunto”¹⁷².

A recepção constitucional de uma lei ordinária como lei complementar não é, aliás, fenômeno estranho entre nós, pois foi o que ocorreu, a título de exemplo, com a Lei n. 5.172/66, conhecida como Código Tributário Nacional, em razão de esta veicular matéria reservada à lei complementar pelo art. 146 da Carta Magna.

Desse modo, torna-se claro o equívoco do entendimento adotado pelo STF. Não se pode falar que a Convenção n. 158 é inconstitucional por veicular matéria reservada à lei complementar pelo art. 7º, inciso I, da Carta Magna. Essa Convenção é parte integrante da Carta da República, integrando a proteção referida no aludido dispositivo constitucional. A lei complementar aí referida cuidará apenas de regular alguns de seus aspectos, mas sempre em obediência ao disposto na Convenção, em razão de seu *status* constitucional.

2.5.7 A invalidade da denúncia da Convenção n. 158

¹⁷² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. p. 291.

Passemos então à análise da questão relativa à denúncia da Convenção n. 158 pelo Decreto n. 2.100/96¹⁷³. Importa, primeiramente, expor uma diferença de fundamental importância existente entre os tratados internacionais no que tange ao seu conteúdo¹⁷⁴. A distinção é feita entre os tratados de proteção dos direitos humanos e os tratados ditos comuns ou tradicionais, que versam sobre outras matérias. Essa diferenciação é de grande relevância, pois influi na determinação de sua hierarquia normativa e nas formalidades necessárias à sua denúncia.

Com relação à hierarquia dos tratados, é tema já analisado, cabendo apenas observar que, no que tange aos tratados comuns, há importante corrente doutrinária que, discordando do entendimento do STF de que teriam o *status* de lei ordinária, afirmam que se situam abaixo da Constituição Federal, mas acima da legislação infraconstitucional¹⁷⁵. Importa também observar que se costuma invocar alguns dispositivos da CF/88 (v.g, art. 105, III, “a”), para afirmar que esta teria atribuído aos tratados o *status* de norma infraconstitucional. Em virtude do disposto no art. 5º, §2º, da Carta Política, só é possível concluir que tais dispositivos fazem referência apenas aos tratados comuns, pois que os de proteção aos direitos humanos integram a própria Constituição.

As normas constitucionais somente podem ser alteradas ou revogadas se obedecidas as exigências e formalidades previstas no art. 60 da CF/88, entre as quais a necessidade de a emenda constitucional ser discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal), em dois turnos, exigindo-se, em ambos, os votos de três quintos dos respectivos membros para a sua aprovação.

Demais disso, os dispositivos constitucionais que versam sobre as matérias enumeradas no §4º do art. 60 não podem ser revogados e nem mesmo alterados (caso a alteração seja no sentido de sua restrição), constituindo as denominadas “cláusulas pétreas”. Entre estas, mencionam-se os preceitos relativos a “direitos e garantias individuais”. Há o entendimento, no entanto, construído a partir de uma interpretação extensiva desse dispositivo, que inclui nas “cláusulas pétreas” não apenas os direitos individuais, mas todas as normas definidoras de direitos fundamentais.

¹⁷³ Nelson Mannrich, ao criticar a denúncia da Convenção n. 158, apoiada pela classe empresarial, observa que “é necessário rever essa posição que se sustenta na assertiva de que o processo de modernização do sistema econômico depende da manutenção do sistema da livre dispensa do trabalhador. Isso se faz mister, caso se pretende tornar viável o projeto constitucional de construção de uma sociedade *mais justa e solidária*, sem que os valores econômicos tenham predomínio sobre os sociais.” MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. p. 567.

¹⁷⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 197. No mesmo sentido, SILVA, Antônio Álvares. *A constitucionalidade da Convenção 158 da OIT*. p. 38-39.

¹⁷⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais*. p. 215-216. Na França, por exemplo, os tratados internacionais têm hierarquia supralegal: se encontram abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional.

De fato, como já notamos, os direitos fundamentais são indivisíveis, de modo que a supressão de qualquer deles afeta, necessariamente, o exercício dos demais. Assim é, por exemplo, que o direito individual à vida não pode ser exercido sem que se garantam os direitos sociais ao trabalho e à saúde, entre outros¹⁷⁶. Desse modo, permitir-se a revogação desses últimos significaria admitir a própria supressão daquele direito individual, o que tornaria letra morta o disposto no art. 60, §4º, IV, da Carta Magna. Assim sendo, os direitos fundamentais devem ser protegidos em seu conjunto, proibindo-se a abolição de qualquer deles, a qual não poderá ser feita pela via da emenda constitucional. Nesse sentido, invocamos as valiosas lições de INGO WOLFGANG SARLET:

“Constituindo os direitos fundamentais sociais (assim como os políticos) valores basilares de um Estado Social e Democrático de Direito, sua abolição acabaria por redundar na própria destruição da identidade da nossa ordem constitucional, o que, por evidente, encontra-se em flagrante contradição com a finalidade precípua dos limites materiais. Portanto, seja qual for o direito fundamental, a incidência material das ‘cláusulas pétreas’ deverá ser máxima, no sentido de que deve abranger todos os direitos fundamentais, inclusive os sociais, mesmo quando sediados fora do Título II da Constituição”. (sem grifos no original).¹⁷⁷

No mesmo sentido são as sábias lições de PAULO BONAVIDES:

“Em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea (...) os direitos sociais recebem em nosso direito constitucional positivo uma garantia tão elevada e reforçada que lhes faz legítima a inserção no mesmo âmbito conceitual da expressão direitos e garantias individuais do art. 60. Fruem, por conseguinte, uma intangibilidade que os coloca inteiramente além do alcance do poder constituinte ordinário, ou seja, aquele poder constituinte derivado, limitado e de segundo grau, contido no interior do próprio ordenamento jurídico. Tanto a lei ordinária como a emenda à Constituição que afetarem, abolirem ou suprimirem a essência protetora dos direitos sociais, jacente na índole, espírito e natureza de nosso ordenamento maior, padecem irremissivelmente da eiva de inconstitucionalidade, e como inconstitucionais devem ser declaradas por

¹⁷⁶ A indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais são defendidas por José Luiz Quadros de Magalhães, consoante nos revela o seguinte trecho: “Embora estes direitos tenham características próprias, eles não são estanques. Pelo contrário. Os Direitos Sociais vêm complementar os Direitos Individuais, oferecendo meios para que cada indivíduo, e não apenas alguns, possa usufruir dos Direitos Individuais. Desta forma, se a Constituição prevê o direito à vida, não só deve o Estado respeitar este direito como também deve oferecer meios para que ele se realize através do direito social do trabalho, do direito à saúde, e ao lazer, entre outros.”. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos Humanos na Ordem Jurídica Interna*. p. 280.

¹⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 12, n. 46, p. 42-73, 2004. p. 64.

juízes e tribunais, que só assim farão, qual lhes incumbe, a guarda bem-sucedida e eficaz da Constituição. (...) não há distinção de grau nem de valor entre os direitos sociais e os direitos individuais”. (grifos nossos).¹⁷⁸

Assim, os tratados internacionais de direitos humanos, uma vez ratificados, incorporam-se à ordem jurídica nacional com o *status* de normas constitucionais que, por assegurarem direitos fundamentais, são verdadeiras cláusulas pétreas¹⁷⁹. Nesse sentido, a Convenção n. 158 não poderia ser revogada, sendo vedada também a alteração efetuada no sentido da restrição de seu conteúdo. Dessa forma, a sua denúncia, efetuada pelo Decreto n. 2.100/96, foi absolutamente irregular, pois significou a própria revogação de seus preceitos. Mesmo que se adotasse uma interpretação restritiva do art. 60, §4º, IV, da CF/88, no sentido de não se incluírem entre as cláusulas pétreas as normas relativas aos direitos sociais, como é o caso da Convenção em tela, ainda assim seria a denúncia totalmente inválida. Consoante acima mencionado, a revogação ou alteração de um preceito constitucional deve seguir todas as formalidades exigidas pelo art. 60 da Carta Magna, não sendo possível ser efetuada, portanto, através de simples decreto presidencial.

Destarte, qualquer que seja o entendimento adotado, a conclusão é a mesma: o Decreto n. 2.100/96 é absolutamente inconstitucional. Há que se ressaltar que o entendimento expresso nos votos dos Ministros MAURÍCIO CORRÊA e CARLOS BRITTO, no julgamento da ADIn n. 1.625, *data venia*, não está correto. Afirmam tais Ministros que basta o referendo do Congresso Nacional para que se complete o procedimento de denúncia da Convenção n. 158, que foi iniciado pelo Decreto n.

¹⁷⁸ O autor nota que “não é possível compreender o constitucionalismo do Estado social brasileiro contido na Carta de 1988 se fecharmos os olhos à teoria dos direitos sociais fundamentais (...) e ao papel que doravante assume na guarda da Constituição o Supremo Tribunal Federal”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 373 e 642-645.

¹⁷⁹ Esse entendimento é defendido por diversos autores, como Valério Mazzuoli: “Ou seja, a partir do ingresso de um tratado internacional de direitos humanos no ordenamento constitucional brasileiro, todos os seus dispositivos normativos passarão, desde o seu ingresso, a constituir cláusulas pétreas, não mais podendo ser suprimidos por qualquer maneira”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. p. 245. Essa posição também é acolhida por Ivo Dantas, em sua obra “Constituição Federal: teoria e prática”, tendo sido igualmente expressa pelos Ministros Carlos Mário da Silva Velloso e Marco Aurélio Mello, do STF, no julgamento da ADIn n. 939-07/DF, consoante nos revela MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 545. O Ministro Carlos Velloso expressou esse entendimento em outras oportunidades, como no julgamento do Habeas Corpus (HC) n. 82.424-2/RS, relativo ao famoso “caso Ellwanger”, e em artigo de sua autoria: “no caso de tratar-se de direito e garantia decorrente de Tratado firmado pelo Brasil, a incorporação desse direito e garantia, ao direito interno, dá-se com *status* constitucional, assim com primazia sobre o direito comum. É o que deflui, claramente, do disposto no mencionado §2º do art. 5º da Constituição da República. O Supremo Tribunal Federal, todavia, não acolheu essa tese”. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 41, n. 162, p. 35-45, abr./jun. 2004. p. 39. O Ministro Sepúlveda Pertence, por sua vez, no julgamento do RHC 79.785/RJ, deixou claro que, apesar de não admitir a hierarquia constitucional desses tratados, passou a aceitar o seu “status” de norma supralegal. In MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo parágrafo 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. p. 112.

2.100/96¹⁸⁰. Esse entendimento é perfeitamente aplicável aos tratados comuns. Para que estes sejam denunciados, a maioria da doutrina entende ser necessária a atuação conjunta da vontade do Presidente da República, através de um decreto, e do Congresso Nacional, por meio do decreto legislativo¹⁸¹. Todavia, os tratados de proteção dos direitos humanos, como vimos, não podem ser denunciados dessa forma.

Há uma outra questão, de fundamental importância, que não foi suscitada pelos doutos Ministros, relativa aos vícios de ordem formal da denúncia. O conceito de ratificação encontra-se já assentado pela doutrina internacionalista, sendo o ato através do qual o Estado comunica àqueles que com ele celebraram um tratado internacional que este foi aprovado internamente, isto é, que suas normas tornaram-se parte de seu ordenamento jurídico¹⁸². Assim sendo, a ratificação da Convenção n. 158 pelo Brasil ocorreu com o depósito da respectiva Carta junto ao Diretor-Geral da OIT, em 05/01/1995, o que foi feito após a sua aprovação pelo Decreto Legislativo n. 68/92.

A Convenção n. 158 prevê, em seu art. 16, §3º, que a sua vigência, no plano interno do país-membro, inicia-se 12 meses após o registro, junto à OIT, da *ratificação* por ele efetuada. Por outro lado, em seu art. 17, §1º, prevê que o país que a tiver *ratificado* somente poderá denunciá-la 10 anos após a sua entrada em vigor. Ora, tendo o Estado brasileiro feito o depósito da ratificação em 05/01/95, a Convenção em tela passou a vigorar, no plano interno, em 05/01/96. Assim sendo, a eventual denúncia somente poderia ter sido feita 10 anos após essa data, a saber, a partir de 05/01/2006. Por essa razão, o Decreto n. 2.100/96, a par de todas as demais irregularidades acima apontadas, deveria ter esperado mais dez anos para ser editado.

Cumprido observar, no entanto, que a posição prevalente no seio da OIT é no sentido de que o prazo de 10 anos deve ser contado da entrada em vigor da Convenção no plano internacional, o que, no

¹⁸⁰ Essa posição é seguida por Arnaldo Süssekind, para quem o ato da denúncia pressupõe a consulta ao Poder Legislativo, com fundamento no art. 49, I, da CF/88, pois, assim como a adesão ao tratado internacional requer a aprovação do Congresso Nacional, a sua denúncia também exige a manifestação deste. SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. p. 53. Também Pontes de Miranda cuida de esclarecer que “aprovar tratado, convenção ou acordo, permitindo que o Poder Executivo o denuncie, sem consulta, nem aprovação, é subversivo dos princípios constitucionais.”. *Apud* MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo parágrafo 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. p. 109. No mesmo sentido, é a opinião de Jorge Luiz Souto Maior, para quem, em razão da ausência de autorização do Congresso Nacional, a denúncia “fora ato inconstitucional que, portanto, não pode surtir o efeito de extrair do ordenamento jurídico a Convenção em exame”. MAIOR, Jorge Luiz Souto. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT. p. 118.

¹⁸¹ Entendem ser necessária a atuação conjunta do Presidente da República e do Congresso Nacional, para se consumar a denúncia, Celso D. de Albuquerque Mello e Flávia Piovesan. Em sentido contrário, Francisco Rezek afirma que o Presidente da República ou o Congresso Nacional pode, isoladamente, denunciar um tratado. *In* MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais*. p. 110-111.

¹⁸² Vide MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. v. 1. 14ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 221-222.

caso da Convenção n. 158, ocorreu em 23 de junho de 1985. Há aqueles, no entanto, que discordam desse entendimento, aderindo à posição defendida no presente trabalho, como ARNALDO SÜSSEKIND:

“A segunda corrente, a que nos filiamos, considera que o decênio concerne à vigência da ratificação de cada país. (...) Segundo o depoimento de João Carlos Alexim, ilustre Diretor da OIT no Brasil, o Departamento de Normas Internacionais da Organização já propôs que fosse modificada a orientação que vem sendo observada, porque o ‘procedimento adotado até hoje não é o mais justo, o mais lógico.’”¹⁸³

Há ainda um outro vício, de natureza formal, a inquirir a denúncia da Convenção n. 158. A Convenção n. 144 da OIT, de 1976, buscando dar prestígio ao tripartismo, que confere feição peculiar a esse organismo internacional, estabelece, em seu art. 2º, que:

“Todo membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifique a presente Convenção se compromete a pôr em prática procedimentos que assegurem consultas efetivas, entre os representantes do governo, dos empregadores e dos trabalhadores, sobre os assuntos relacionados com as atividades da Organização Internacional do Trabalho a que se refere o artigo 5º, parágrafo 1º, mais adiante.”

O referido art. 5º, parágrafo primeiro, por sua vez, dispõe o seguinte:

“I. O objeto dos procedimentos previstos na presente Convenção será o de celebrar consultas sobre:
(...)
e. as propostas de denúncia de convenções ratificadas.” (grifos nossos)

A Convenção n. 144, conforme revelam os dispositivos acima transcritos, exige que os empregados e os empregadores do país, através dos competentes órgãos representativos em âmbito nacional, sejam efetivamente consultados acerca de eventuais propostas de denúncia de convenções ratificadas. A Convenção n. 144 foi ratificada pelo Brasil, de modo que suas normas tornaram-se de observância obrigatória. Desse modo, não tendo a denúncia da Convenção n. 158 sido precedida por qualquer procedimento consultivo, é ela inválida, do ponto de vista formal. O desrespeito por um país-membro da OIT de uma Convenção por ele ratificada pode ser impugnado por qualquer organização profissional de trabalhadores ou de empregadores, através de reclamação apresentada à Repartição

¹⁸³ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. p. 239.

Internacional do Trabalho e apreciada pelo Conselho de Administração da OIT, conforme previsto no art. 24 de sua Constituição.

Por todo o exposto, torna-se clara a inconstitucionalidade do Decreto n. 2.100/96, não se podendo considerar válida a denúncia que por meio dele se pretendeu efetuar. Em razão disso, conclusão inarredável é a de que a Convenção n. 158 está em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, entendimento este que se espera seja acolhido pelo Egrégio STF, no julgamento da ADIn n. 1625¹⁸⁴.

Isso terá conseqüências muito benéficas para o sistema de relações de trabalho no Brasil, a exemplo dos países desenvolvidos sócio-economicamente, pois, como nota JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL, proibir a dispensa arbitrária “é mudar toda uma noção de Direito do Trabalho estruturada sobre o arbítrio em nosso País. Admitir a vigência da Convenção 158 é aceitar que no Brasil passe a vigorar um sistema legal de acordo com o dos países socialmente mais avançados.”¹⁸⁵.

De fato, como decidido pela Suprema Corte da Argentina, no caso “Vizzoti”, em 2004, a manutenção do sucesso das empresas não pode, de modo algum, “depender, juridicamente, da subsistência de um regime não eqüitativo de dispensas arbitrárias”. Nas palavras da Corte, “o homem não deve ser objeto de mercado algum, senão senhor de todos estes, os quais somente encontram sentido e validade se tributam à realização dos direitos daquele e do bem comum; daí que não deve ser o mercado o que submeta a suas regras e pretensões as medidas do homem nem os conteúdos e alcances dos direitos humanos.”¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Esperamos que, no presente caso, o STF contrarie as palavras do douto professor Celso de Albuquerque Mello, segundo o qual “o Poder Judiciário, principalmente os tribunais superiores em Brasília, adota uma posição ultrapassada no Direito Constitucional e no Direito Internacional Público. Esta última disciplina não é conhecida pelos tribunais brasileiros e os seus integrantes a ignoram. O espírito da Constituição de 1988 era de ser, como foi dito pelo Presidente da Assembléia Constituinte, Deputado Ulisses Guimarães, uma ‘Constituição cidadã’ e os nossos tribunais superiores a transformaram em uma Constituição reacionária dentro do espírito dos seus ministros. Utilizo a palavra reacionária no seu sentido técnico, que significa voltar atrás, vez que o próprio conservadorismo já é insuportável para eles. (...) Os nossos tribunais ainda não descobriram o real valor da jurisprudência nos direitos humanos”. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. p. 28-29. Cumpre notar que o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, no dia 14 de fevereiro de 2008, assinou uma mensagem que foi enviada ao Congresso Nacional pedindo a ratificação da Convenção n. 158 da OIT, bem como da Convenção n. 151 (que trata dos direitos do servidor público à organização e ação sindicais). In PIRES, Luciana. Lula defende jornada menor. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 15 fev. 2008. p. 02. Caso o STF, no julgamento da ADIn n. 1625, acolhesse o entendimento defendido neste trabalho, essa nova ratificação não seria necessária, pois, tendo sido inválida a denúncia da Convenção n. 158, ela permanece em pleno vigor no ordenamento jurídico nacional.

¹⁸⁵ MACIEL, José Alberto Couto. Vigência da Convenção 158 da OIT. *Trabalho & Doutrina*, São Paulo, ano 04, n. 11, p. 20-23, dez. 1996. p. 22. Jorge Luiz Souto Maior nota, com relação à proteção contra a dispensa imotivada, essencial para assegurar ao trabalhador condições de trabalho e de vida dignas, que “o próprio direito positivo (internacional e interno) possui normas eficazes para uma tal realização, bastando que se queira aplicá-las. Devemos aprender a utilizar as virtudes do direito no sentido da correção das injustiças, até porque uma sociedade somente pode se constituir com base em uma normatividade jurídica se esta fornecer instrumentos eficazes para que as injustiças não se legitimem. Do contrário, não haveria do que se orgulhar ao dizer que vivemos em um ‘Estado democrático de direito’.” MAIOR, Jorge Luiz Souto. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT. p. 125.

¹⁸⁶ FERNÁNDEZ, Raúl Alberto. A internalização do Direito do Trabalho. p. 101.

2.5.8 Os tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional n. 45/2004

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 60, como vimos, estabelece as exigências, formais e materiais, necessárias para a alteração de suas normas, por meio da denominada emenda constitucional (EC). Em dezembro de 2004, foi editada a EC n. 45, a qual, entre outras modificações, introduziu o §3º ao art. 5º, que prevê o seguinte:

“Art. 5º

(...)

§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” (sem grifos no original)

Assim, esse dispositivo passou a exigir que um tratado internacional de direitos humanos, para que seja incorporado à Constituição, seja previamente aprovado pelo Congresso Nacional por meio do mesmo procedimento exigido pelo art. 60 para a aprovação das emendas constitucionais.

Essa norma, portanto, veio a dificultar a incorporação constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Com efeito, se de acordo com a redação original da Constituição de 1988, em virtude do art. 5º, §2º, bastava a mera ratificação desses tratados, por meio de um Decreto Legislativo e de um Decreto presidencial, conforme o procedimento acima descrito, a partir da EC n. 45, este foi consideravelmente dificultado, através da imposição de um rito muito mais complexo¹⁸⁷.

Pode-se dizer, portanto, que o §3º do art. 5º, introduzido pela EC n. 45, restringiu o conteúdo e o alcance do §2º do mesmo artigo, previsto pela redação original da Carta Magna. De fato, tornou-se consideravelmente mais difícil a incorporação constitucional dos tratados de direitos humanos, indo de encontro às normas originárias da Carta Magna, notadamente o §2º do art. 5º, o §1º do mesmo artigo (que impõe a aplicabilidade imediata das normas de direitos e garantias fundamentais) e o art. 4º, II (que erige como princípio da República Federativa do Brasil a prevalência dos direitos humanos)¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Valério de Oliveira Mazzuoli nota que a alteração constitucional em tela causou graves problemas interpretativos, “sendo que o primeiro e mais estúpido deles foi o de ter feito tábula rasa de uma interpretação do §2º do art. 5º da Constituição que já estava sedimentada na doutrina humanista mais abalizada, bem como na jurisprudência de vários tribunais de diversos Estados brasileiros.”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo parágrafo 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. p. 96.

¹⁸⁸ Como nota André Ramos Tavares, o §3º do art. 5º contraria a “interpretação que era feita sob o manto do §2º do art. 5º da CB, acerca da incorporação *constitucional, automática* e sob o critério da *materialidade constitucional* de tratados versando direitos humanos.”. TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des) estruturando a*

Conforme já explicitado, a CF/88, em seu art. 60, §4º, IV, determina que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são “cláusulas pétreas”, não podendo ser revogadas ou restringidas por meio de emenda constitucional. Considerando que os §§ 1º e 2º do art. 5º estão entre essas normas, isto é, são “cláusulas pétreas”, eles não poderiam ter tido o seu conteúdo restringido pela EC n. 45. Nesse sentido, o §3º do art. 5º, introduzido por essa emenda, é inconstitucional, por violar o art. 60, §4º, IV.

Note-se que a existência de uma norma constitucional contrária à Carta Magna é perfeitamente possível, basta que a emenda constitucional não tenha obedecido às exigências formais ou materiais do art. 60 da CF/88, como nota JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“Toda modificação constitucional, feita com desrespeito do procedimento especial estabelecido (iniciativa, votação, quórum etc.) ou de preceito que não possa ser objeto de emenda, padecerá de vício de inconstitucionalidade formal ou material, conforme o caso, e assim ficará sujeita ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário, tal como se dá com as leis ordinárias.”¹⁸⁹

No mesmo sentido são as lições de PAULO BONAVIDES:

“Toda a Constituição pode ser emendada, salvo a matéria constante de exclusão em virtude dos limites expressos e tácitos postos à ação inovadora do constituinte de segundo grau, aquele dotado apenas de competência constituída ou derivada, isto é, que procede da vontade absoluta e soberana do constituinte originário. Os limites expressos cuja transgressão ocasiona a inconstitucionalidade da iniciativa da emenda (...) são aqueles contidos no §4º do art. 60 da Constituição.”¹⁹⁰

Esse entendimento já foi adotado, inclusive, pelo STF, que, nos termos do art. 102, *caput*, da CF/88, é responsável pela “guarda da Constituição”, garantindo a sua fiel aplicação e impedindo a sua violação. No julgamento da ADIn n. 939, o STF considerou que a EC n. 03, de 1993, que autorizou a criação do Imposto Provisório sobre a Movimentação Financeira (IPMF), ao desrespeitar uma “cláusula pétrea” - a garantia individual fundamental do contribuinte, consistente no princípio da

justiça: comentários completos à EC 45/04. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 42. Pedro Dallari também observa que o dispositivo em tela “operou em sentido oposto à interpretação de que o §2º do mesmo art. 5º, desde a sua edição em 1988, já ensejaria o nivelamento constitucional para o rol (de tratados) preexistente à EC 45”, de modo que, “relativamente ao passado, o texto do §3º do art. 5º revela-se contraproducente como instrumento de promoção efetiva dos direitos humanos.”. DALLARI, Pedro. *Tratados Internacionais na Emenda Constitucional 45. Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. org. André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón. São Paulo: Método, 2005. p. 95.

¹⁸⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 68.

¹⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 208.

anterioridade tributária -, violou o art. 60, §4º, da CF/88. Tal emenda foi julgada, portanto, inconstitucional¹⁹¹.

Diversos autores já se pronunciaram no sentido da inconstitucionalidade do §3º do art. 5º, introduzido pela EC n. 45/2004¹⁹², em que pesem opiniões em sentido contrário¹⁹³. INGO WOLFGANG SARLET observa que não são poucas as manifestações sustentando a violação de cláusulas pétreas por parte da EC n. 45, em diversos aspectos, acompanhadas, inclusive de ações diretas de inconstitucionalidade, como foi o caso, por exemplo, da controvérsia relativa ao controle externo da Magistratura e do Ministério Público e da federalização da competência para o julgamento dos casos de grave violação dos direitos humanos¹⁹⁴. De fato, como nota MICHELLI PFAFFENSELLER, há, indubitavelmente:

“(…) uma controvérsia entre o disposto no §3º do art. 5º e a legitimidade do Poder Constituído que o estabeleceu. Isto porque a obrigatoriedade da adoção do rito das emendas constitucionais à internalização dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos certamente dificultaria a ratificação de determinados pactos, obstaculizando a ampliação do rol de Direitos Humanos o que, sem sombra de dúvida, vai de encontro à soberana vontade popular.”¹⁹⁵.

¹⁹¹ Decisão proferida na ADIn n. 939 e publicada no Diário de Justiça, em 18 de março de 1994. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?classe=ADI&processo=939&origem=IT&cod_classe=504>. Acesso em: 18 mar. 2008.

¹⁹² Nesse sentido, vide SGARBOSSA, Luís Fernando. *A emenda constitucional n. 45/04 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6272>>. Acesso em: 21 fev. 2008. Anselmo Henrique Cordeiro Lopes, por sua vez, nota que “para quem crê, como nós, que as normas internacionais de direitos humanos já haviam ingressado em nosso sistema de direito como niveladas às já expressas na Lei Maior, qualquer emenda à Carta Fundamental que negue tal presença normativa é abolitiva de direitos e garantias fundamentais, estando, pois, em conflito com a cláusula pétrea do art. 60, parágrafo 4º, IV, CR, sendo, pois inválida”. LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. *A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional n. 45/2004*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157>>. Acesso em: 21 fev. 2008. Aldo de Campos Costa, por sua vez, ressalta a “duvidosa constitucionalidade” da EC n. 45, que operou uma alteração “absolutamente infeliz” ao introduzir no art. 5º o “malsinado parágrafo 3º”. COSTA, Aldo de Campos. *Direitos humanos: reforma gera tumultos em tratados internacionais*. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/32678,1>>. Acesso em: 21 fev. 2008.

¹⁹³ José Afonso da Silva defende a validade do §3º do art. 5º. Segundo o autor, antes da EC n. 45/2004, os tratados internacionais de direitos humanos eram incorporados automaticamente à Constituição Federal, por força do art. 5º, §2º. Todavia, “essa questão precisa ser repensada em face do §3º que a EC-45/2004 inseriu no art. 5º (...) as normas infraconstitucionais que violarem as normas internacionais acolhidas na forma daquele §3º são inconstitucionais, e ficam sujeitas ao sistema de controle de constitucionalidade na via incidente como na via direta; as que não forem acolhidas desse modo, ingressam no ordenamento interno no nível da lei ordinária e eventual conflito se resolverá, no nosso entender, pelo modo de apreciação da relação entre *lei especial e lei geral*”. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 183. Também Paulo Bonavides considera válido o §3º do art. 5º, pois, segundo ele, a EC n. 45/2004, ao introduzi-lo, “privilegiou os direitos humanos”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 668.

¹⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos*. p. 49.

¹⁹⁵ PFAFFENSELLER, Michelli. A (in)eficácia do § 3º do art. 5º da CF/88 como norma de integração dos direitos humanos provenientes de tratados internacionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 15, n. 58, p. 335-356, jan./mar. 2007. p. 351.

Desse modo, o §3º do art. 5º representou um verdadeiro “retrocesso em relação à inteligência que já pairava sobre o texto constitucional a partir do §2º do art. 5º”¹⁹⁶. De fato, esse dispositivo, como nota GIULIANA REDIN, “restringiu a abrangência do §2º do mesmo artigo”, pois “qualquer tratado internacional sobre direitos humanos que não tenha merecido o quórum qualificado atribuído à emenda constitucional, seria, não obstante seu conteúdo constitucional, tratado como norma infraconstitucional”. Por essa razão, “o §3º do art. 5º da CF/88 representa um retrocesso político/jurídico institucionalizado, pois engessa o sistema de recepção de tratado *jus cogens*, indo na contramão de uma direção interpretativa do direito emancipatória, includente e democrática”¹⁹⁷.

Nesse sentido, a EC n. 45, ao introduzir o §3º no art. 5º, também violou o princípio da proibição do retrocesso. Esse princípio, como demonstra INGO WOLFGANG SARLET, é consagrado implicitamente pela CF/88, decorrendo, notadamente, dos seguintes princípios constitucionais expressos: o princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual implica necessariamente a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de segurança contra medidas retroativas; o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), que exige a satisfação, por meio de prestações positivas, de uma existência digna para todos, implicando, em sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém desse patamar; o princípio da máxima efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, §1º), que impõe a otimização da eficácia do direito à segurança jurídica e da sua tutela e, nesse sentido, exige a proteção contra medidas de caráter retrocessivo¹⁹⁸.

O autor conclui, assim, que a proibição do retrocesso em matéria de direitos fundamentais assume “feições de verdadeiro princípio constitucional fundamental implícito” e, em favor do seu reconhecimento, “não parecem subsistir maiores dúvidas, já que cada vez mais isoladas as vozes que se posicionam contrariamente ao instituto”¹⁹⁹.

¹⁹⁶ MIGUEL, Alexandre. A Constituição Brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 14, n. 55, p. 286-326, abr./jun.2006. p. 322.

¹⁹⁷ REDIN, Giuliana. Crítica ao parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira à luz da internacionalização dos direitos humanos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 15, n. 59, p. 345-358, abr./jun. 2007. p. 355.

¹⁹⁸ O autor ressalta, ainda, que o art. 5º, §1º, em combinação com o art. 60, da CF/88, impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do legislador ordinário e dos demais órgãos estatais, mas, inclusive, “contra a atuação do poder de reforma constitucional”. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 14, n. 57, p. 05-48, out./dez. 2006. p. 33-36.

¹⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica. p. 36. No que tange especificamente à seara trabalhista, Daniela Muradas Reis demonstrou, em sua tese de Doutorado, que o nosso ordenamento jurídico, notadamente no art. 3º, II, e no art. 7º, *caput*, da CF/88, consagrou o princípio da vedação ao retrocesso sócio-jurídico das

De fato, por meio da EC n. 45, o poder constituinte derivado colocou a Carta Magna brasileira na contramão da história, não apenas em relação aos países desenvolvidos, mas, inclusive, aos próprios países da América Latina, como revela VALÉRIO MAZZUOLI: “vários países latino-americanos têm concedido *status* normativo constitucional aos tratados de proteção dos direitos humanos”. A EC n. 45/2004 representou, portanto, um “atraso de muitos anos em relação às demais Constituições dos países latino-americanos e do resto do mundo, no que diz respeito à eficácia interna das normas internacionais de proteção dos direitos humanos.”²⁰⁰. O autor conclui:

“Por tudo isso, pode-se inferir que o recém criado §3º do art. 5º da Constituição seria mais condizente com a atual realidade das demais Constituições latino-americanas, bem como de diversas outras Constituições do mundo, se determinasse expressamente que todos os tratados de direitos humanos pelo Brasil ratificados têm hierarquia constitucional, aplicação imediata, e ainda prevalência sobre as normas constitucionais no caso de serem suas disposições mais benéficas ao ser humano.”²⁰¹.

No entanto, considerando que o §3º do art. 5º já se encontra em vigor e não se vislumbra uma reforma do seu texto em breve, o autor propõe conferir-se ao dispositivo uma interpretação conforme à Constituição, consoante os princípios garantidores da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos, por ela consagrados²⁰². Primeiramente, a interpretação do dispositivo em tela não pode, de modo algum, prejudicar o entendimento que vinha sendo seguido por boa parte da doutrina brasileira em relação ao §2º do mesmo art. 5º. Cabe ao aplicador do Direito “a responsabilidade de fazer garantir as conquistas de um Estado Democrático que não pode retroceder diante de formalismos que não mais se afinam a uma perspectiva internacional de proteção da pessoa humana.”²⁰³.

condições de trabalho. Vide REIS, Daniela Muradas. *Contributo ao Direito Internacional do Trabalho: A Reserva Implícita ao Retrocesso Sócio-Jurídico do Trabalhador nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho*. 2007. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.

²⁰⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo parágrafo 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. p. 100.

²⁰¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo parágrafo 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. p. 101.

²⁰² Rogério Leal, com fulcro em Canotilho, estabelece uma linha de princípios hermenêuticos constitucionais, entre os quais o princípio da máxima efetividade – “no caso de dúvidas entre formas interpretativas, devemos preferir a interpretação que reconheça maior eficácia, por exemplo, aos Direitos Fundamentais” – e o princípio da interpretação em conformidade com a Constituição – “no caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas, devemos dar preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a Constituição”. De fato, “a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições entre suas normas, o que obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão” existentes entre as suas normas. LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 154-155.

²⁰³ REDIN, Giuliana. Crítica ao parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira à luz da internacionalização dos direitos humanos. p. 356.

Assim, deve-se excluir a exegese de que os tratados internacionais de direitos humanos não aprovados pelo quórum especial previsto no §3º do art. 5º equivaleriam a lei ordinária. Esse entendimento implicaria deixar à livre escolha do Poder Legislativo atribuir ou não a esses tratados equivalência às emendas constitucionais. Isso possibilitaria que instrumentos com igual conteúdo principiológico e igual fundamento ético – a proteção dos direitos humanos – fossem tratados de forma diversa, ocupando hierarquia distinta na ordem jurídica nacional, o que é inadmissível.

O único entendimento capaz de conferir validade ao §3º do art. 5º é aquele que o concilia com o §2º do mesmo artigo e com os citados princípios constitucionais. Assim, os tratados internacionais de direitos humanos, uma vez ratificados pelo Brasil, já detêm, materialmente, o *status* constitucional, por força do §2º do art. 5º. Caso eles venham a ser aprovados pelo procedimento previsto no §3º do art. 5º, além de materialmente constitucionais, serão também formalmente constitucionais, pois equivalentes às emendas constitucionais²⁰⁴. E qual a diferença entre as duas situações, segundo o citado autor?

No primeiro caso, sendo as normas do tratado materialmente constitucionais, elas não têm o condão de reformar a Constituição, de modo que eventual conflito deve ser solucionado pelo princípio da norma mais favorável ao ser humano, consagrado pelo art. 4º, II, da CF/88, que impõe a “prevalência dos direitos humanos”. Já no segundo caso, as normas do tratado, sendo também formalmente constitucionais, reformam a Constituição, como o fazem as emendas constitucionais. É óbvio que essa reforma tem limites, que são aqueles impostos à atuação do poder constituinte derivado, como o respeito às cláusulas pétreas (art. 60, § 4º). Caso não violem esses limites, as normas do tratado, no segundo caso, podem alterar as normas constitucionais, pois que equivalentes a uma emenda constitucional, o que não ocorre no primeiro caso.

A segunda diferença reside nos efeitos advindos da denúncia. Uma vez ratificado um tratado internacional de direitos humanos, as suas normas têm, automaticamente, *status* constitucional, integrando o elenco dos direitos fundamentais previstos pela Carta Magna. Sendo tais direitos cláusulas pétreas, como vimos, essas normas também o são, de modo que não poderão mais ser revogadas, nem mesmo por uma futura reforma constitucional. Assim, nos dois casos acima citados, uma eventual denúncia do tratado feita pelo Presidente da República não produziria efeitos internamente, pois as suas normas continuariam em vigor no ordenamento nacional. Todavia, segundo o citado autor, externamente, isto é, no plano internacional, os efeitos produzidos são diversos.

²⁰⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo parágrafo 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. p. 106.

No caso de o tratado não ter sido aprovado pelo rito do §3º do art. 5º, uma vez realizada a denúncia, o Estado brasileiro não mais responde pelo seu cumprimento no âmbito internacional, embora, no âmbito interno, as suas normas permaneçam em pleno vigor. Todavia, no caso de o tratado ter sido aprovado pelo mencionado rito, o Presidente da República não pode denunciá-lo e, caso o faça, pode ser responsabilizado, devendo tal denúncia ser declarada ineficaz. Assim, mesmo que o tratado preveja expressamente a possibilidade da sua denúncia, esta não poderá ser realizada pelo Presidente unilateralmente, nem sequer através de Projeto de Denúncia aprovado pelo Congresso Nacional com o mesmo quórum exigido pelo §3º do art. 5º para a aprovação do tratado²⁰⁵.

Esse entendimento também é adotado por FLÁVIA PIOVESAN, nos seguintes termos:

“Com o advento do §3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do §2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do §3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se a emendas à Constituição, no âmbito formal.”²⁰⁶.

INGO WOLFGANG SARLET ressalta que se deve atribuir ao §3º do art. 5º uma interpretação que “lhe assegura um sentido útil e não necessariamente retrocessivo, valorizando o regime jurídico-constitucional dos tratados de direitos humanos anteriores e posteriores à vigência da EC 45”. Assim, as normas dos tratados anteriores, por força do §2º do art. 5º, devem ser tidas como materialmente constitucionais. Com relação aos tratados posteriores, em qualquer hipótese, eles também devem ser tidos como tal, pois “todos os direitos fundamentais (incorporados, ou não, por emenda constitucional) possuem *status* materialmente constitucional” de modo que não poderão “ser objeto de abolição direta por uma emenda constitucional”. A única diferença – e aí reside o significado do §3º do art. 5º - é que os tratados que forem aprovados pelo procedimento neste previsto serão também formalmente constitucionais. Nesse sentido, eles “não apenas reformam a própria Constituição”, mas também tornam impossível “uma posterior denúncia do tratado”, sob pena “da responsabilização até mesmo interna se esta vier a ocorrer”²⁰⁷.

Todavia, em homenagem ao princípio da eventualidade, mesmo que se considere constitucional o §3º do art. 5º, introduzido pela EC n. 45, mas não se atribua a ele a interpretação conforme à

²⁰⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo parágrafo 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. p. 108-110.

²⁰⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. p. 74.

²⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A Reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos. p. 55 e 60-62.

Constituição acima explicitada, esse dispositivo não pode ser aplicado à Convenção n. 158 da OIT, como veremos.

A CF/88, em seu art. 5º, XXXVI, prevê o princípio da irretroatividade das normas, ao reza que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Esse dispositivo, sendo uma garantia fundamental, é também uma “cláusula pétrea”, estando sob o manto da intangibilidade. Assim, na ordem jurídica brasileira, a norma somente pode ter efeitos imediatos, não retroativos, regendo apenas situações vivenciadas após a sua vigência.

A Convenção n. 158 foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 68, de 1992, e promulgada pelo Decreto n. 1.855, de 1996. Desse modo, ela foi incorporada à ordem jurídica brasileira - mais precisamente à Constituição de 1988, como vimos - antes da aprovação da EC n. 45, de 2004. No momento em que essa emenda entrou em vigor, a incorporação constitucional da Convenção n. 158 já havia sido consumada. Dessa forma, exigir que essa Convenção seja novamente aprovada pelo Congresso Nacional, dessa vez seguindo as formalidades do §3º do art. 5º, para que tenha *status* constitucional, é defender a aplicação retroativa da EC n. 45, em clara violação ao princípio da irretroatividade. Este deve ser necessariamente observado por todas as normas, sejam elas constitucionais – advindas do poder constituinte derivado – ou infraconstitucionais.

Destarte, na eventual hipótese de se considerar válido o §3º do art. 5º, introduzido pela EC n. 45²⁰⁸, deve-se reconhecer que as exigências nele previstas se aplicam apenas aos tratados internacionais de direitos humanos posteriores à sua vigência, e não àqueles que já haviam sido ratificados anteriormente, como é o caso da Convenção n. 158. Esse entendimento é compartilhado por ANDRÉ RAMOS TAVARES²⁰⁹ e por VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, o qual observa o seguinte:

“Como o §2º do art. 5º da Constituição já atribui índole e nível constitucional para todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil *antes* da entrada em vigor da Emenda n. 45, isso significa que apenas aqueles instrumentos internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil passará a ser parte *depois* da entrada em vigor da referida emenda é que necessitarão ser aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros, para serem equivalentes às emendas

²⁰⁸ Importa notar que o Ministro Carlos Velloso, no voto proferido como relator no julgamento de um Recurso interposto perante o STF, em 22/02/2005, assim se manifestou: “Verifica-se, assim, a prevalência da Constituição Federal em relação aos tratados e convenções internacionais não aprovados segundo o procedimento descrito no §3º do art. 5º, da CF/88.”. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 513.044-5/SP, 2ª Turma, publicado no DJ em 08.04.2005. p. 31.

²⁰⁹ O autor defende que a tese da incorporação constitucional automática via §2º do art. 5º seja mantida para os tratados ratificados antes da publicação da EC n. 45/2004. TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88*. p. 45.

constitucionais. (...) o §3º do art. 5º não pode abranger situações pretéritas (como as normas constitucionais em geral também não podem), não podendo ter jamais efeito *ex tunc*, e, portanto, poderá somente ser aplicado aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados posteriormente à data de sua entrada em vigor (8 de dezembro de 2004).” (grifos nossos).²¹⁰

FLÁVIA PIOVESAN também adota esse entendimento, afirmando que o §3º do art. 5º não retirou o *status* de norma materialmente constitucional dos tratados ratificados anteriormente à EC n. 45, mas, sim, apenas trouxe a possibilidade de sua constitucionalização formal, por meio do procedimento previsto no dispositivo. De fato, segundo a autora, “não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu quórum de aprovação.”²¹¹.

Do mesmo modo, INGO WOLFGANG SARLET nota que não é correto argumentar “que o simples fato de os tratados posteriores à EC 45 poderem (ou deverem, a depender da posição adotada) ser aprovados por emenda constitucional conduziria inexoravelmente a uma decisão em prol da hierarquia meramente legal dos tratados anteriores”. Desse modo, é inafastável a conclusão de que “os tratados anteriores, já por força do art. 5º, §2º, da CF, possuem hierarquia materialmente constitucional”²¹².

No mesmo sentido, ALEXANDRE MIGUEL destaca que o §3º do art. 5º somente pode ter eficácia *ex nunc*: “a Emenda Constitucional que introduziu a ‘nova regra’ opera efeitos prospectivos. Portanto, os tratados de direitos humanos anteriormente ratificados pelo Estado brasileiro já detêm, por força mesma do §2º, *status* constitucional, sendo dispensado passar pelo Congresso, para a sabatina do §3º”²¹³.

Alguns autores, por outro lado, invocam a teoria da recepção para defender a manutenção da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos anteriores à EC n. 45. Um exemplo típico da aplicação dessa teoria é quando uma lei ordinária, anterior à Constituição, é com ela materialmente compatível, de modo que será por ela recepcionada, ainda que a matéria de que trata, de acordo com a nova ordem constitucional, deva ser regulada por lei complementar. A lei ordinária é, assim, recepcionada pela nova Constituição como lei complementar, somente podendo ser alterada ou revogada por um diploma legal desse tipo. Foi o que ocorreu, ilustrativamente, com a Lei n. 5.172/66,

²¹⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo parágrafo 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. p. 105.

²¹¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. p. 72.

²¹² SARLET, Ingo Wolfgang. A Reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos. p. 60.

²¹³ MIGUEL, Alexandre. A Constituição Brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos. p. 323.

conhecida como Código Tributário Nacional, em razão de veicular matéria reservada à lei complementar pelo art. 146 da CF/88.

JASSON HIBINER AMARAL propõe a aplicação analógica dessa teoria à situação gerada pela EC n. 45. Os tratados internacionais de direitos humanos assinados antes da sua vigência, que foram submetidos ao devido procedimento estabelecido à época da sua ratificação e que, assim, adquiriram *status* constitucional por força do §2º do art. 5º, seriam recepcionados pela ordem constitucional alterada pela EC n. 45 com o *status* de emenda constitucional²¹⁴. JOSÉ CARLOS FRANCISCO também adota esse entendimento, ressaltando que a recepção é um “princípio geral de Direito Constitucional (que independe de previsão expressa)”²¹⁵. No mesmo sentido, embora não mencionando expressamente a teoria da recepção, veja-se os seguintes acórdãos, proferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, respectivamente:

“Assim, é constitucionalmente possível que um tratado internacional retire do ordenamento jurídico pátrio as exceções ou as restrições aos direitos fundamentais, mesmo que tais exceções ou restrições estejam previstas no rol do art. 5º da Constituição Federal, pois, como antes referido, o que é vedado não é a alteração do art. 5º, mas a abolição dos direitos e garantias fundamentais, estejam eles onde estiverem (CF/88, art. 60, §4º, IV), sendo que a sua ampliação, longe de estar vedada, está na verdade expressamente autorizada, exatamente pela redação do dispositivo que recusa a taxatividade ou o *numerus clausus* (CF/88, §2º do art. 5º). E assim era desde a redação original da vigente Constituição Federal, com muito mais razão será agora com a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004, que acrescentou o §3º ao art. 5º da CF/88, com o que os tratados internacionais ganharam clara e expressamente força de Emenda Constitucional.” (grifos nossos)²¹⁶.

“Recentemente, a Emenda Constitucional n. 45/2004 dispôs na redação que deu ao §3º do art. 5º da Constituição que: ‘Os tratados e convenções internacionais sobre

²¹⁴ AMARAL, Jasson Hibiner. A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro: o novo parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição federal e o redimensionamento das possibilidades hermenêuticas. 2005. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro. p. 123 *apud* MOREIRA, Nelson Camatta. A interpretação dos tratados internacionais de direitos humanos a partir da emenda nº 45. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, Notadez, ano 07, n. 25, p. 121-136, abr./jun. 2007. p. 128.

²¹⁵ FRANCISCO, José Carlos. Bloco de Constitucionalidade e Recepção dos Tratados Internacionais. *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. org. André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón. São Paulo: Método, 2005. p. 103. Ingo Wolfgang Sarlet, todavia, considera que esse entendimento “difícilmente se revela como sustentável, considerando a incompatibilidade total de rito (e natureza) dos decretos legislativos e das emendas constitucionais.”. SARLET, Ingo Wolfgang. A Reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos. p. 52.

²¹⁶ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Habeas Corpus* n. 70011566882. 2ª Câmara Cível. Rel. Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. Julgamento em 25.05.2005. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php>. Acesso em: 21 fev. 2008.

direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais'. Embora não tenha ocorrido a aprovação com o quorum mencionado, forçoso é convir que está aí sinalizada a posição mais correta na exegese a respeito da legislação em comento." (grifos nossos)²¹⁷.

Por todo o exposto, resta claro que a EC n. 45, de 2004, em nada veio a alterar o entendimento defendido neste trabalho, qual seja, o de que a Convenção n. 158 da OIT foi incorporada à ordem jurídica brasileira com a hierarquia de norma constitucional e que a sua denúncia é um ato absolutamente inválido, entendimento que esperamos seja acolhido pelo Egrégio STF, no julgamento da ADIn n. 1625.

Por fim, há de ressaltar a possibilidade de ajuizamento de mandado de injunção. Como vimos, o STF, no julgamento da ADIn n. 1480, considerou o art. 7º, I, da CF/88 uma norma de eficácia limitada, dependente de regulamentação por lei complementar. Na hipótese de a ADIn n. 1625 ser julgada improcedente, considerando-se válida a denúncia da Convenção n. 158, uma solução interessante é a impetração de mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CF/88) perante o STF. O objetivo desse remédio constitucional é permitir que o Poder Judiciário possa suprir a omissão do Poder Legislativo, formulando a regra integrativa para o caso concreto, e, assim, permitindo o exercício do direito.

O STF já havia se pronunciado no sentido de que, julgado procedente o remédio, cabia-lhe apenas dar ciência da omissão ao órgão por ela responsável. Todavia, com a alteração da sua composição, recentemente o STF mudou de entendimento no julgamento de alguns mandados de injunção (v.g., MI n. 670/ES, MI n. 708/DF e MI n.712/PA). Tratava-se do direito de greve do servidor público (art. 37, VII, da CF/88), ao qual se conferiu efetividade, ordenando a aplicação da Lei n. 7783/89 (que regula o exercício da greve no setor privado) enquanto não for editada lei específica. Desse modo, poder-se-ia também impetrar o mesmo remédio para que o STF confira efetividade ao direito à proteção contra a dispensa imotivada (art. 7º, I, da CF/88), até que sobreviesse a lei regulamentadora.

²¹⁷ Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal n. 1.0408.02.000139-7/001. 2ª Câmara Criminal. Rel Des. Beatriz Pinheiro Caíres. Julgamento: 12.05.2005. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0408&ano=2&txt_processo=139&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>>. Acesso em: 21 fev. 2008.

3 A PROTEÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO NO DIREITO COMUNITÁRIO (UNIÃO EUROPÉIA)

O direito do trabalhador à proteção contra a dispensa imotivada encontra-se previsto no Tratado Constitucional Europeu, aprovado em Roma, no dia 29 de outubro de 2004, na parte relativa à “Carta dos Direitos Fundamentais”, *in verbis*:

“Artigo II-90 - Proteção em caso de dispensa injustificada.
Todo trabalhador tem o direito à proteção contra toda dispensa injustificada, em conformidade ao direito da União e às legislações e práticas nacionais.”

Em razão de a ratificação desse tratado ter sido recusada na França e na Holanda, o que impossibilitou a sua entrada em vigor, ele foi objeto de revisão, a partir da qual foi elaborado o Tratado de Lisboa, firmado pelos representantes dos 27 países-membros da União Européia, em 13 de dezembro de 2007, na capital portuguesa. Esse diploma altera o Tratado da União Européia e o Tratado que institui a Comunidade Européia. A sua entrada em vigor, prevista para o dia 1º de janeiro de 2009, nos termos do seu art. 6º, depende da sua prévia ratificação por todos os Estados-membros, cabendo a estes escolher o modo como isso será feito (*v.g.*, referendo popular), em conformidade com as respectivas normas constitucionais.

A Carta de Direitos Fundamentais da União Européia foi proclamada em Estrasburgo, em 12 de dezembro de 2007, pelos Presidentes do Parlamento Europeu, da Comissão Européia e do Conselho da União Européia. Trata-se de um documento que reúne, em um texto único, pela primeira vez na história da União Européia, o conjunto dos direitos civis, políticos, econômicos e sociais dos cidadãos europeus e de todos os residentes no território da União. O Tratado de Lisboa faz referência à Carta – que não consta do seu corpo, mas, sim, de um anexo -, conferindo-lhe força jurídica. A Carta assegura o direito à proteção contra a dispensa imotivada, em seu art. 30, *in verbis*:

“Artigo 30.º - Proteção em caso de dispensa sem justa causa.
Todos os trabalhadores têm direito à proteção contra as dispensas sem justa causa, de acordo com o direito da União e com as legislações e práticas nacionais.”²¹⁸

²¹⁸ O texto integral da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia foi publicado no Jornal Oficial da União Européia, ano 50, n. 303, p. 01-16, 14 dez. 2007. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0001:0016:PT:PDF>>. Acesso em: 28 jan. 2008. No art. 33, §2º, prevê-se que “a fim de poderem conciliar a vida familiar e a vida profissional, *todas as pessoas têm direito à proteção*”

Nas anotações à Carta em tela, feitas pelo “Presidium” da Convenção Européia – as quais, embora não tenham força de lei, constituem um valioso instrumento de interpretação das suas disposições -, consta que o art. 30, acima transcrito, inspira-se no art. 24 da Carta Social Européia revista, de 03 de maio de 1996²¹⁹. Esse dispositivo prevê o seguinte:

“Artigo 24.º Direito à proteção em caso de dispensa.

Com vista a assegurar o exercício efetivo do direito à proteção em caso de dispensa, as Partes comprometem-se a reconhecer:

- a) O direito de os trabalhadores não serem dispensados sem motivo válido ligado à sua aptidão ou comportamento, ou baseado nas necessidades de funcionamento da empresa, do estabelecimento ou do serviço;
- b) O direito dos trabalhadores dispensados sem motivo válido a uma indenização adequada ou a outra reparação apropriada.

Para esse efeito, as Partes comprometem-se a assegurar ao trabalhador que considere ter sido objeto de uma medida de dispensa sem motivo válido direito de recurso contra essa medida perante um órgão imparcial.”²²⁰

No que tange à dispensa coletiva, a mesma Carta dispõe o que se segue:

“Artigo 21.º Direito à informação e à consulta.

Com vista a assegurar o exercício efetivo do direito dos trabalhadores à informação e à consulta na empresa, as Partes comprometem-se a tomar ou a

contra a dispensa por motivos ligados à maternidade, bem como a uma licença por maternidade paga e a uma licença parental pelo nascimento ou adoção de um filho”. (sem destaques no original).

²¹⁹ Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais. Jornal Oficial da União Européia, n. 303, p. 17-35, 14 dez. 2007. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0017:0035:PT:PDF>>. Acesso em: 28 jan. 2008.

²²⁰ A Carta Social Européia, ao delimitar, em seu Anexo, o âmbito subjetivo de aplicação dos seus dispositivos, prevê, em relação ao art. 24, o seguinte: “Art. 24. 1 - Considera-se que, para efeitos deste artigo, o termo “dispensa” significa a cessação da relação de trabalho por iniciativa do empregador. 2 - Considera-se que este artigo abrange todos os trabalhadores, mas que uma Parte pode excluir total ou parcialmente da sua proteção as seguintes categorias de trabalhadores assalariados: a) Os trabalhadores contratados nos termos de um contrato de trabalho para um prazo determinado ou um serviço determinado; b) Os trabalhadores durante o período experimental ou que não tenham o período de antiguidade requerido, desde que a duração deste seja estabelecida antecipadamente e seja razoável; c) Os trabalhadores contratados a título ocasional por um período curto. 3 - Para efeitos deste artigo, não constituem motivos válidos de dispensa, designadamente: a) A filiação sindical ou a participação em atividades sindicais fora do horário de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante o horário de trabalho; b) O fato de solicitar, exercer ou deter um mandato de representação dos trabalhadores; c) O fato de ter apresentado queixa ou participado em processos instaurados contra um empregador devido a alegadas violações da legislação ou de ter recorrido às autoridades administrativas competentes; d) A raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, a opinião política, a ascendência nacional ou a origem social; e) A licença de maternidade ou a licença parental; f) A ausência temporária ao trabalho por motivo de doença ou de acidente. 4 - Considera-se que a indenização, ou qualquer outra reparação apropriada em caso de dispensa sem motivo válido, deve ser determinada pela legislação ou pela regulamentação nacionais, pelas convenções coletivas ou por qualquer outro modo apropriado às condições nacionais”. É interessante notar a grande semelhança com os dispositivos da Convenção n. 158 da OIT.

promover medidas que permitam aos trabalhadores ou aos seus representantes, em conformidade com a legislação e práticas nacionais:

a) Ser informados regularmente ou em tempo oportuno e de maneira compreensível sobre a situação econômica e financeira da empresa onde trabalham, considerando-se que a divulgação de certas informações suscetíveis de prejudicar a empresa poderá ser recusada ou que poderá exigir-se que estas permaneçam confidenciais; e b) Ser consultados em tempo útil sobre as decisões previstas que sejam suscetíveis de afetar substancialmente os interesses dos trabalhadores e, nomeadamente, sobre aquelas que tenham consequências importantes para a situação do emprego na empresa.”²²¹

Cumprir observar que, no caso de a dispensa configurar uma violação de direitos fundamentais (v.g., discriminação em razão do sexo), a sua ilicitude advém da própria Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais²²².

De acordo com o art. 137, §1º, alínea “d”, do Tratado que institui a Comunidade Européia, a União detém competência legislativa sobre a matéria relativa ao término da relação de emprego. Todavia, no plano da dispensa individual, essa competência ainda não foi exercida, razão pela qual a questão continua a ser disciplinada exclusivamente pelas normas de cada Estado-membro. A dispensa coletiva, no entanto, já foi objeto de várias Diretivas comunitárias, como veremos abaixo.

Nos termos do art. 137, §2º, do mesmo Tratado, a aprovação pelo Conselho europeu de uma Diretiva relativa à proteção dos trabalhadores no caso de cessação do contrato de trabalho depende de votação unânime (não bastando a maioria qualificada). Como esclarece ROGER BLANPAIN, essa hipótese abrange as diferentes formas de término do pacto empregatício, como a dispensa (seja ela individual ou coletiva), o pedido de demissão, o distrato, a cessação ordenada por decisão judicial, etc. São abrangidos também os diversos aspectos da dispensa, como o aviso-prévio, as razões que a motivam, a reintegração, a proteção especial de representantes dos trabalhadores, de trabalhadoras grávidas, as formas de indenização, etc.²²³.

²²¹ A Carta Social Européia, ao delimitar, em seu Anexo, o âmbito subjetivo de aplicação dos seus dispositivos, prevê, em relação ao art. 21, o seguinte: “(...) 3 - Para efeitos de aplicação deste artigo, o termo “empresa” é interpretado como visando um conjunto de elementos materiais e imateriais, com ou sem personalidade jurídica, destinado à produção de bens ou à prestação de serviços, com um fim econômico e que disponha do poder de decisão no tocante ao seu comportamento no mercado. 4 - Considera-se que as comunidades religiosas e as suas instituições podem ser excluídas da aplicação deste artigo, mesmo quando essas instituições são “empresas” no sentido do parágrafo 3. Os estabelecimentos que prossigam atividades inspiradas por certos ideais ou guiadas por certos princípios morais - ideais e princípios protegidos pela legislação nacional - podem ser excluídos da aplicação deste artigo, na medida do necessário para proteger os objetivos da empresa. (...) 6 - As Partes poderão excluir do campo de aplicação dos presentes artigos as empresas cujos efetivos não atinjam um limite mínimo determinado pela legislação ou pela prática nacionais”.

²²² DAVIES, Anne C. L. *Perspectives on Labour Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 68.

²²³ BLANPAIN, Roger. *European Labour Law. International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. v. 1. coord. Roger Blanpain. The Hague: Kluwer Law International, 2006. p. 186-187.

O objetivo de harmonização das legislações dos Estados-membros em matéria de relação de trabalho pode ser extraído, notadamente, dos arts. 94, 95 e 136 do Tratado da União Europeia. O art. 94 prevê o poder do Conselho europeu de emanar diretivas dirigidas à harmonização das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos países-membros, que tenham uma incidência direta no estabelecimento ou no funcionamento do mercado comum. O art. 95, por sua vez, proíbe a adoção de diretivas através da mera maioria qualificada no caso de dispositivos “relativos aos direitos e aos interesses dos empregados”, exigindo, assim, a unanimidade. O conteúdo desses artigos evidencia a preocupação do legislador comunitário em evitar que a diversidade das condições de trabalho existentes nos Estados-membros possa prejudicar o regime de livre concorrência no mercado comum²²⁴.

Por outro lado, o art. 136 dispõe que os países-membros “têm como objetivos a promoção do emprego, a melhoria das condições de vida e de trabalho, de modo a permitir a sua harmonização, assegurando simultaneamente essa melhoria” e que essa evolução será resultado “não apenas do funcionamento do mercado comum, que favorecerá a harmonização dos sistemas sociais, mas igualmente (...) da aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas”. LUISA GALANTINO observa que, a partir dessa norma, pode-se concluir que a legislação da União Europeia em matéria social deve tender à “harmonização em direção ao alto”, em consonância com o princípio da norma mais favorável ao trabalhador²²⁵.

Entre 1975 e 1980, foram adotadas três diretivas comunitárias definidas como “estruturais”, em razão de preverem medidas de tutela dos trabalhadores no caso de procedimentos de reorganização da empresa. Trata-se da Diretiva n. 129, de 17 de fevereiro de 1975, relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros em matéria de dispensa coletiva; da Diretiva n. 187, de 14 de fevereiro de 1977, que tem por objeto a aproximação das legislações dos países-membros relativas à manutenção dos direitos dos trabalhadores no caso de transferência de empresas, de estabelecimentos ou de partes destes, a qual, posteriormente, foi modificada pela Diretiva n. 50, de 29 de junho de 1998, e substituída pela Diretiva n. 23, de 12 de março de 2001; e a Diretiva n. 987, de 20 de outubro de 1980, relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros em matéria de proteção dos empregados no caso de insolvência do empregador, que foi alterada pela Diretiva n. 74, de 23 de setembro de 2002.

²²⁴ GALANTINO, Luisa. *Diritto Comunitario del Lavoro*. 3ª ed. Torino: G. Giappichelli, 2001. p. 195.

²²⁵ GALANTINO, Luisa. *Diritto Comunitario del Lavoro*. p. 196. Os arts. 94, 95 e 96, em virtude da alteração promovida pelo Tratado de Lisboa, de 2007, no Tratado da União Europeia, corresponderão, respectivamente, aos arts. 115, 114 e 151.

Uma das razões principais que levou à emanção da Diretiva n. 129, de 1975, foi que “a diversidade de leis sobre a matéria e a ausência de um procedimento comum poderia afetar gravemente o mercado comum europeu e, principalmente, a concorrência entre grupos industriais, ocasionando desequilíbrio nas relações entre os Estados-membros”²²⁶. Esse diploma foi posteriormente modificado pela Diretiva n. 56, de 26 de junho de 1992. Os dispositivos nelas contidos foram reunificados e coordenados, por motivos de lógica e clareza, em um único texto legislativo – a Diretiva n. 59, de 20 de julho de 1998 -, a qual, em seu art. 8º, cuidou de revogar as duas Diretivas anteriores.

NELSON MANNRICH observa que, objetivando conjugar os interesses opostos de empregadores e empregados e tendo em vista os problemas resultantes de crises econômicas, alterações no mercado interno e globalização, as legislações em geral não adotam uma solução uniforme. De fato, ora concedem ao empresário um poder maior de gerência, permitindo a realização de dispensas sem maiores formalidades, ora impõem restrições a esse direito, por meio de sanções. Segundo o autor, a União Européia, de um modo geral, “optou pela segunda alternativa, regulando o poder do empregador mediante legislação sobre dispensa coletiva, principal instrumento de controle nessa matéria”. Assim, “na década de setenta, com a intensa reestruturação empresarial, a questão das dispensas coletivas foi incluída nos programas de ação social então formulados no âmbito da Comunidade Européia”²²⁷.

A Diretiva n. 59, de 1998, prevê, em seu art. 1º, que a dispensa coletiva é aquela efetuada por um empregador que possua ao menos 20 empregados, por um ou mais motivos não inerentes à pessoa do trabalhador, quando o número de dispensas abranger, segundo a escolha efetuada pelo Estado-membro: no mínimo 10 empregados, no período de 30 dias, nos estabelecimentos que ocupam habitualmente mais de 20 e menos de 100 trabalhadores; 10% dos obreiros, nos estabelecimentos que ocupam, habitualmente, ao menos 100 e menos do que 300 trabalhadores; no mínimo 30 empregados, nos estabelecimentos que ocupam habitualmente pelo menos 300 obreiros, ou, em um período de 90 dias, sejam dispensados, no mínimo, 20 trabalhadores, independentemente do número de obreiros habitualmente ocupados nos estabelecimentos envolvidos²²⁸.

²²⁶ Um dos objetivos dessas normas comunitárias era, exatamente, o de procurar equilibrar as disparidades existentes entre as legislações dos diversos países-membros. Levou-se em conta também o fato de algumas empresas terem sede em um dado país e filiais em outros, implicando a diversidade de procedimentos aplicáveis aos empregados da mesma empresa, dependendo do Estado-membro onde é promovida a dispensa coletiva. MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. São Paulo: LTr, 2000. p. 220 e 222.

²²⁷ MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. p. 219.

²²⁸ O texto integral da Diretiva n. 59, de 1998, foi publicado no Jornal Oficial das Comunidades Européias, n. 225, p. 16-21, 12 ago. 1998. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:225:0016:0021:PT:PDF>>. Acesso em: 28 jan. 2008.

Para o cálculo do número mínimo de dispensas acima referido devem ser a estas equiparadas as cessações do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, por uma ou mais razões não inerentes à pessoa do trabalhador, desde que o número de dispensas seja, no mínimo, cinco (art. 1º, §1º, n. 2). Portanto, para o cômputo do número de dispensas podem ser consideradas também outras hipóteses de cessação do contrato de trabalho, que tenham natureza objetiva e sejam de iniciativa do empregador, desde que seja respeitado o número mínimo de cinco dispensas. Além disso, é abrangida pela diretiva a hipótese de cessação da atividade do estabelecimento em seguida a uma decisão judicial.

A definição de dispensa coletiva é, assim, baseada em um elemento quantitativo-temporal – dispensa de um determinado número de trabalhadores ao longo de um certo período de tempo – e em um elemento qualitativo, consistente na presença de motivos não inerentes à pessoa do trabalhador, isto é, de natureza objetiva²²⁹.

A Diretiva prevê, ainda, que estão também sujeitos às obrigações nela contidas os empregadores que fazem parte de grupos multinacionais. O empregador direto não pode se subtrair às obrigações de consulta sindical alegando que a empresa que tomou a decisão que determinou a dispensa coletiva não lhe transmitiu as informações necessárias, como dispõe expressamente o art. 2º, §4º, n. 1.

É previsto um procedimento de consulta aos representantes dos trabalhadores anterior à dispensa, cujo objetivo é “chegar a um acordo”. O seu objeto é examinar “as possibilidades de evitar ou reduzir as dispensas coletivas, bem como de atenuar as suas conseqüências recorrendo a medidas sociais de acompanhamento destinadas, em particular, a facilitar a requalificação e a reconversão dos trabalhadores dispensados” (art. 2º, §2º, n. 1). Assim, o objetivo desse procedimento é a celebração de um acordo ou a proposição de medidas alternativas. A Diretiva não indica quem são os representantes dos trabalhadores, cabendo aos Estados-membros fazê-lo (art.1º, §1º, “b”).

Para que os representantes obreiros possam formular propostas construtivas, o empregador deve, em tempo útil, no curso da consulta, fornecer-lhes todas as informações necessárias e comunicá-lhes por escrito: os motivos das dispensas; o número e as categorias dos trabalhadores a serem dispensados e daqueles habitualmente empregados; o período no qual se pretende efetuar as dispensas; os critérios a serem utilizados na escolha dos trabalhadores a serem dispensados, quando as leis e/ou as práticas nacionais atribuam essa competência ao empregador; o método previsto para o cálculo de uma

²²⁹ A Corte de Justiça da União Européia, na causa 382/92, de 08 de junho de 1994 (Comissão Européia v. Reino Unido e Irlanda do Norte), afirmou que as denominadas dispensas tecnológicas, isto é, aquelas devidas a uma reestruturação da empresa, independentemente de uma queda na atividade desta, são abrangidas pelo conceito de dispensa coletiva. In GALANTINO, Luisa. *Diritto Comunitario del Lavoro*. p. 197.

eventual indenização de dispensa diversa daquela que é obrigatória pelas leis e/ou práticas nacionais²³⁰. Os Estados-membros podem prever que os representantes dos trabalhadores, no curso desse procedimento, possam recorrer a peritos (art. 2º, §2º, n. 2).

O empregador deve também notificar a dispensa por escrito à autoridade administrativa competente (art. 3º, §1º). Todavia, os Estados-membros podem prever, no caso de dispensa coletiva resultante da cessação da atividade do estabelecimento, em seguida a uma decisão judicial, que a notificação deva ser efetuada apenas se solicitada pela autoridade administrativa. A Corte de Justiça, na decisão relativa à causa n. 250/97, proferida em 17 de dezembro de 1998, interpretou essa norma no sentido de que a derrogação à obrigação de notificação não se aplica às dispensas coletivas adotadas no mesmo dia da apresentação pelo empregador do pedido de declaração da falência e da cessação da atividade do estabelecimento.

A notificação deve conter todas as informações úteis relativas às dispensas e à consulta aos representantes obreiros, em particular: os motivos da dispensa, o número de trabalhadores a serem dispensados e daqueles habitualmente empregados e o período no qual se pretende efetuar as dispensas (art. 3º, §1º, n. 2). O empregador deve remeter uma cópia dessa notificação aos representantes dos trabalhadores, os quais podem transmitir as suas eventuais observações à autoridade administrativa.

O empregador não pode efetivar as dispensas antes de decorrido o prazo de 30 dias contados da data da notificação acima mencionada, devendo ser respeitadas, ainda, as normas relativas ao aviso-prévio. O objetivo da suspensão temporária das dispensas durante esse prazo é propiciar à autoridade administrativa a oportunidade de buscar possíveis soluções aos problemas gerados pelas dispensas. Os Estados-membros, no entanto, podem conferir a essa autoridade a faculdade de reduzir tal prazo. Além disso, eles não são obrigados a aplicar esse dispositivo no caso de dispensas coletivas ocasionadas pela cessação das atividades de um estabelecimento resultante de uma decisão judicial (art. 4º).

Pode-se dizer que a Diretiva atribui à autoridade administrativa três papéis fundamentais: a garantia do cumprimento do procedimento estabelecido; a análise do projeto de dispensa para o fim de propor soluções alternativas ou medidas paliativas aos efeitos sociais negativos dela advindos; a mediação entre as partes para que estas possam cooperar e formalizar um acordo. A Diretiva, no

²³⁰ Luisa Galantino observa que o objetivo dessa consulta é atribuir aos representantes obreiros, notadamente ao sindicato, um papel ativo de co-gestão das crises empresariais, segundo o modelo típico participativo da legislação comunitária. GALANTINO, Luisa. *Diritto Comunitario del Lavoro*. p. 198. López Mosteiro, por sua vez, ressalta que os representantes dos trabalhadores não devem apenas escutar passivamente, pois a Diretiva espera que eles formulem “propostas construtivas” (art. 2º, §3º), isto é, espera-se um comportamento ativo por parte desses representantes. LÓPEZ MOSTEIRO, Ricardo. *La Directiva Comunitaria n. 75/129 del 17 de febrero sobre despidos colectivos. La reforma del mercado de trabajo*. coord. Efrén Borrajo Dacruz. Madrid: Actualidad Editorial, 1993. p. 819.

entanto, não atribui à autoridade administrativa a competência de autorizar a realização das dispensas²³¹.

A Diretiva não é aplicável às dispensas efetuadas no âmbito de contratos por tempo determinado, salvo se elas ocorreram antes do termo final do pacto. Não se aplica, ainda, aos trabalhadores da Administração Pública e aos tripulantes de embarcações marítimas (art. 1º, §2º).

A Diretiva não estabelece qualquer sanção para a hipótese de descumprimento das suas normas, de modo que cabe aos Estados-membros fazê-lo. Todavia, ela estabelece que os países-membros são obrigados a prever procedimentos especiais administrativos e/ou judiciais, para garantir o respeito das obrigações por ela previstas, aos quais possam recorrer os trabalhadores e/ou seus representantes (art. 6º).

Cumpra observar que a Diretiva estabelece um patamar normativo mínimo a ser adotado pelos Estados-membros, os quais, no entanto, podem prever normas mais favoráveis. De fato, ela dispõe expressamente que os seus preceitos não prejudicam a faculdade dos Estados-membros de aplicarem ou de introduzirem disposições legislativas, regulamentares ou administrativas mais favoráveis aos trabalhadores ou de permitir ou promover a aplicação de disposições convencionais mais benéficas aos obreiros (art. 5º)²³².

Por fim, é interessante notar a influência das normas da OIT, notadamente da Convenção n. 158 e da Recomendação n. 166, sobre o conteúdo da Diretiva em comento. Ilustrativamente, ambos os ordenamentos – o internacional e o comunitário – exigem a realização de procedimentos prévios idênticos, isto é, a consulta aos representantes dos trabalhadores e a notificação à autoridade administrativa. Ambos vinculam os objetivos das suas regras à finalidade de prevenir ou evitar as dispensas e, não sendo possível, de reduzir o seu número e atenuar os seus efeitos negativos.

A Diretiva é mais precisa ao definir a dispensa coletiva, ao contrário, por exemplo, da Convenção n. 158, que se limita a mencionar os motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, não se referindo a um número mínimo de dispensas a serem efetuadas. Nenhum dos dois

²³¹ FERNÁNDEZ, Rosa Isabel Santos. Análisis y soluciones alternativas a la discrecionalidad de la intervención administrativa en los despidos colectivos. *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*. coord. José Luis Monereo Pérez. Granada: Universidad de Granada, 1996. p. 496.

²³² Alguns autores, como Fuentes Rodríguez, observam que a Diretiva, ao estabelecer apenas um procedimento mínimo, permitindo aos Estados-membros decidirem sobre a forma de seu cumprimento, favorece a diversidade entre os procedimentos por eles adotados. FUENTES RODRÍGUEZ, Francisca. Las modificaciones introducidas en la disciplina comunitaria de despidos colectivos por la directiva 92/56, de 24 de junio, y su incidencia en la reforma del mercado de trabajo en España. *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*. coord. José Luis Monereo Perez. Granada: Universidad de Granada, 1996. p. 466. Todavia, cumpre notar que o objetivo da Diretiva, como por ela expressamente enunciado, é a “aproximação” das legislações nacionais sobre a matéria e não a sua “uniformização”.

ordenamentos prevê quem são os representantes dos trabalhadores, limitando-se a dispor que são aqueles reconhecidos como tal pela legislação ou pela prática nacional. Além disso, ambos não prevêem a necessidade de autorização administrativa para a realização das dispensas. Todavia, nos dois ordenamentos há a previsão da interferência do Estado, pois somente é possível efetivar a dispensa coletiva após a notificação à autoridade administrativa²³³.

4 A PROTEÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO NO DIREITO COMPARADO

4.1 ITÁLIA

4.1.1 Antecedentes históricos

O Código Civil italiano, de 16 de março de 1942, em seus arts. 2.118 e 2.119, partindo do pressuposto da igualdade formal entre as partes no contrato de trabalho, disciplinava de igual maneira a sua cessação, fosse esta de iniciativa do empregado ou do empregador. Dessa forma, concedia tanto ao patrão quanto ao empregado ampla liberdade de resilir o pacto empregatício, sem exigência de forma ou de fundo, isto é, sem necessidade de haver um motivo a justificar o ato. Exigia tão somente a concessão do aviso-prévio, desde que não houvesse a prática de justa causa.

A única exceção a esse regime de ampla liberdade era a previsão de hipóteses especiais, como as mencionadas no art. 2.110 do Código Civil (acidente de trabalho, doença, gravidez, puerpério). Presente uma dessas situações de especial fragilidade do trabalhador, o patrão somente poderia dispensá-lo livremente (“ad nutum”) depois de decorrido o prazo estabelecido pela lei ou pelo contrato coletivo aplicável às partes.

Posteriormente, foram editados alguns diplomas legais específicos, que estendiam a proteção contra a dispensa imotivada a situações determinadas, como era o caso do trabalhador convocado pelas Forças Armadas e da empregada que se casava. Esses diplomas, no entanto, eram de alcance restrito, posto que limitados a hipóteses específicas.

A extensão da proteção em comento veio então a ser efetuada pela negociação coletiva, por meio de sucessivos acordos interconfederativos do setor industrial, a partir de 1947²³⁴. Estes passaram a

²³³ MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. p. 232-233.

²³⁴ GALANTINO, Luisa. *Diritto del lavoro*. Turim: G. Giappichelli, 1996. p. 447. Para uma descrição detalhada da evolução histórico-jurídica da matéria em comento, desde a disciplina iniciada pela negociação coletiva até a edição do Estatuto dos Trabalhadores, em 1970, vide GRANDI, Mario. *Licenziamento e reintegrazione*. p. 03-34. Ao analisar a

estabelecer uma distinção entre as dispensas individuais e coletivas, para estabelecer requisitos formais (comunicação escrita) e materiais (presença de uma justa causa ou um justificado motivo) à sua validade. Na hipótese de dispensa imotivada, o empregador era obrigado a reassumir o obreiro ou pagar-lhe uma indenização. A eficácia dessa disciplina era, todavia, limitada, pois se aplicava apenas aos sujeitos inscritos nas respectivas organizações sindicais e, de todo modo, somente às empresas com mais de 35 empregados. Demais disso, a verificação da motivação da dispensa era atribuída não ao juiz, mas à avaliação equitativa de um órgão coletivo de conciliação e arbitragem²³⁵.

Importa observar que, no processo de construção do Direito do Trabalho e da democracia nos países capitalistas centrais, como a Itália, o movimento obreiro se estruturou em organizações coletivas (como os sindicatos e os partidos políticos), agindo coletivamente (negociação coletiva, greve, etc.). Como resultado, foi produzida uma normatividade autônoma coletiva que cumpre papel essencial, modulando e limitando o poder empregatício, sobretudo em suas dimensões diretiva e disciplinar²³⁶. A proteção contra as dispensas imotivadas na Itália bem demonstra essa assertiva.

De fato, como ressalta FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI, a limitação ao poder do empregador de dispensar imotivadamente foi prevista primeiramente pela contratação coletiva. O autor destaca o contrato coletivo para a indústria, mais conhecido como acordo interconfederativo, de 05 de maio de 1965, que regulava as dispensas para redução de pessoal. Ele previa uma tentativa obrigatória de conciliação através das organizações sindicais territoriais competentes, antes de efetuar essas dispensas, e uma indenização integrativa, a ser regulamentada, devida em razão da cessação da relação. Destaca-se também o acordo interconfederativo para a indústria, de 29 de abril de 1965, que previa um controle posterior sobre as dispensas individuais, as quais deveriam ser comunicadas por escrito e, quando solicitado, motivadas²³⁷.

evolução das ordens jurídicas européias acerca da dispensa coletiva, Nelson Mannrich observa que “é fundamental, ao lado da legislação, a influência das negociações e da própria jurisprudência, na evolução normativa. Esse fenômeno foi notado especialmente em relação à caracterização da dispensa coletiva e à seleção dos trabalhadores a serem dispensados.”. MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. p. 23.

²³⁵ GHERA, Edoardo. *Diritto del lavoro: il rapporto di lavoro*. Bari: Cacucci, 2003. p. 148. A disciplina construída pela negociação coletiva - que perdurou quase duas décadas (1947-1965) -, frente à evidente resistência dos empregadores, não conseguiu colocar um limite “real” ao poder de dispensa imotivada, mas apenas desestimulá-lo através de sanções pecuniárias. Mas apesar das duras críticas da doutrina da época quanto às suas limitações, tal disciplina exerceu papel considerável “pela sua imediata operacionalidade, pelas suas potencialidades experimentais (...) pela sua desejável preliminariedade em relação a uma futura intervenção da legislação”, além de ter introduzido inovações, como a distinção entre dispensas individuais e coletivas e a diferenciação de disciplina de acordo com os vários tipos de dispensa (ordinária, disciplinar, de represália). In GRANDI, Mario. *Licenziamento e reintegrazione*. p. 10-12. Tradução nossa.

²³⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. *O Poder Empregatício*. p. 159.

²³⁷ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Nozioni di Diritto del Lavoro*. p. 216.

Nesse contexto, foi argüida, perante a Corte Constitucional italiana, a invalidade do art. 2.118 do Código Civil (CC/42), face ao disposto no art. 4º da Constituição de 1948, que garante o direito ao trabalho. A Corte, na decisão n. 45, de 09 de junho de 1965, decidiu pela constitucionalidade do dispositivo impugnado, mas afirmou que o aludido artigo da Carta Magna impunha ao legislador infraconstitucional a edição de normas legais que assegurassem a sua efetividade.

No ano seguinte a essa decisão, em obediência ao seu mandamento, foi editada, em 15 de julho de 1966, a Lei n. 604, que introduziu no Direito italiano a necessidade da existência de uma motivação (justa causa ou justificado motivo) para a validade da dispensa do trabalhador, cabendo ao patrão prová-la. Esse diploma, no entanto, em seus arts. 10 e 11, excluía de seu âmbito algumas categorias de trabalhadores: os empregados ocupantes de cargos de confiança (“dirigenti”), os trabalhadores em período de prova, os que já haviam alcançado os requisitos para a aposentadoria ou que possuísem mais de 65 anos de idade, e os que trabalhavam para empregadores, que, exercentes de atividade com ou sem fins lucrativos, possuísem menos de 36 empregados. Estes continuavam, destarte, sob a égide do art. 2.118 do CC/42 (dispensa “ad nutum”). Demais disso, o aludido diploma não regulava as dispensas coletivas, mas tão somente as individuais.

A Lei n. 604/66, face à configuração da dispensa imotivada, atribuía ao patrão a escolha entre readmitir o empregado ou pagar-lhe uma indenização, sendo, portanto, denominada “tutela obrigatória” a proteção por ela assegurada²³⁸. Apenas na hipótese de dispensa por motivo discriminatório é que concedia uma proteção de maior efetividade, declarando a nulidade do ato, com a conseqüente permanência da relação de emprego e da percepção da respectiva remuneração pelo trabalhador (art. 4º).

Uma proteção mais efetiva, entretanto, foi introduzida pela Lei n. 300, de 20 de maio de 1970 (Estatuto dos Trabalhadores), que, em seu art. 18, impôs ao patrão o dever de reintegrar o trabalhador dispensado imotivadamente, proteção esta denominada “tutela real” ou “forte”²³⁹. Tal diploma, no entanto, excluía dessa proteção os obreiros que trabalhassem para determinadas categorias de empregadores, mencionadas em seu art. 35, como os exercentes de atividades sem fins lucrativos, as

²³⁸ Em razão da previsão dessa faculdade, tal diploma foi severamente criticado por vários doutrinadores, por não impedir (mas apenas tornar mais oneroso) o poder de dispensa “ad nutum”. GRANDI, Mario. *Licenziamento e reintegrazione*. p. 18-19.

²³⁹ Nas discussões acerca do Projeto de Lei que resultou no Estatuto dos Trabalhadores, destacou-se uma divergência entre as duas maiores centrais sindicais obreiras: a CGIL, defensora da garantia legal dos direitos dos trabalhadores, acionáveis perante a jurisdição estatal (e, portanto, a favor da intervenção do legislador na matéria em comento), e a CISL, que defendia a regulação através da autonomia coletiva e as formas extrajudiciais de resolução dos conflitos. GRANDI, Mario. *Licenziamento e reintegrazione*. p. 15-16.

unidades produtivas das empresas industriais e comerciais com menos de 16 empregados e das empresas agrícolas, com menos de 6 obreiros.

Assim, embora tenha ocorrido grande avanço em relação à disciplina do CC/42, as hipóteses em que o trabalhador podia ser dispensado imotivadamente permaneciam amplas, pois que parcela considerável dos empregadores italianos enquadrava-se nas exceções previstas pelas Leis n. 604/66 e n. 300/70²⁴⁰. Em razão disso, surgiu a idéia de se fazer um referendo abrogativo, para excluir tais exceções, cuja realização foi admitida pela Corte Constitucional, através da decisão n. 65, de 02 de fevereiro de 1990²⁴¹. Esta considerou que o objetivo dos promotores da consulta popular era “ampliar a tutela dos trabalhadores nas unidades produtivas independentemente do número dos respectivos empregados”²⁴².

Todavia, após essa decisão, iniciaram-se “febrilmente” os trabalhos parlamentares, que, com uma celeridade espantosa, conduziram à aprovação da Lei n. 180, em 11 de maio de 1990, que redefiniu a área de aplicação da proteção contra a dispensa imotivada e introduziu algumas inovações. O objetivo desse diploma foi exatamente o de evitar a realização do referendo (fixado para o dia 03 de junho de 1990), o qual foi sobrestado pela Corte de Cassação, através da ordem emanada de seu “Escritório Central para o Referendo”, em 21 de maio de 1990. Isso foi questionado pela Comissão promotora da consulta popular perante a Corte Constitucional, que, todavia, através da ordem n. 39, de 30 de maio de 1990, considerou-a prejudicada, em virtude da anterior revogação do dispositivo legal que constituía o seu objeto, e declarou-se incompetente para confrontar no mérito a velha e a nova disciplina legal da matéria²⁴³.

Como ressaltam GIORGIO GHEZZI e UMBERTO ROMAGNOLI, a Lei n. 108/90, que modificou tanto a Lei n. 604/66, quanto o art. 18, da Lei n. 300/70, representou um compromisso político, assim descrito: “a pressão social para unificar as tutelas legais preexistentes, universalizando a tutela real, não venceu; mas foi generalizada a figura da dispensa vinculada a um motivo e o art. 2118, CC, embora

²⁴⁰ Com efeito, restavam ainda submetidos ao regime de dispensa imotivada os obreiros que trabalhavam em empresas com menos de 16 empregados e em unidades produtivas também com menos de 16 empregados, se estas pertencessem a uma empresa com menos de 36 obreiros. A exigência de se garantir também a esses empregados uma proteção contra a dispensa imotivada, sobretudo em razão do número crescente dos mesmos, foi destacada pela própria Corte Constitucional, na decisão n. 02, de 14 de janeiro de 1986. In GHERA, Edoardo. *Diritto del lavoro*. p. 148-149.

²⁴¹ A Constituição italiana prevê, em seu art. 75, a possibilidade de se realizar um referendo popular para a revogação, total ou parcial, de uma lei. Para que isso ocorra são necessários dois requisitos: participação da maioria dos eleitores no referendo (quórum mínimo de votação) e aprovação da proposta pela maioria dos votos validamente expressos (quórum mínimo de aprovação).

²⁴² SANDULLI, Pasquale, VALLEBONA, Antonio, PISANI, Carlo. *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*. Pádua: CEDAM, 1990. p. 06.

²⁴³ SANDULLI, Pasquale, VALLEBONA, Antonio, PISANI, Carlo. *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*. p. 07-09.

não tenha sido completamente expurgado do ordenamento jurídico, foi confinado às margens do mesmo, desenvolvendo uma função reguladora residual”. De fato, “com exceção de algumas categorias de trabalhadores, não numerosas, nem apinhadas, a espinha dorsal da disciplina da cessação do contrato de trabalho – isto é, igualdade formal das partes – foi despedaçada.”²⁴⁴.

A Lei n. 180/90 modificou o campo de aplicação dos três regimes da dispensa, como veremos adiante. Generalizou a tutela obrigatória, que passou a abranger todos os empregadores, independentemente da sua dimensão, quando não aplicável a tutela real (art. 2º, §1º, do diploma em tela, c/c art. 18, §1º, do Estatuto dos Trabalhadores). Foi superada, assim, a resistência em se impor a necessidade de justificação da dispensa às empresas menores, baseada na reduzida capacidade econômica destas. Esse fator, no entanto, foi considerado relevante para excluí-las do âmbito da tutela real.

Dessa forma, embora tenham se derogado sucessivamente, como acima observado, estão em vigor atualmente, no ordenamento jurídico italiano, os arts. 2.118 e 2.119, do CC/42, a Lei n. 604/66, a Lei n. 300/70 e a Lei n. 180/90. A disciplina geral da matéria em comento, portanto, resulta da conjugação de todos esses diplomas legais.

Pela análise dessa legislação veremos que a liberdade em dispensar o trabalhador imotivadamente constitui, nos dias atuais, uma exceção no Direito italiano²⁴⁵. Com efeito, a necessidade da justificação da dispensa baseia-se em princípios fundamentais da Constituição de 1948, como o da especial proteção aos cidadãos em condições menos favoráveis (art. 3º, §2º), da tutela do direito ao trabalho (art. 4º, §1º) e da necessária conciliação da iniciativa econômica privada com a utilidade social e a salvaguarda da liberdade e da dignidade humanas (art. 41, §2º).

GIORGIO GHEZZI observa que, na relação de emprego, a dispensa é uma sanção que, em relação ao trabalhador, “atinge globalmente a sua personalidade”. A própria “Carta del Lavoro” fascista reconhecia (declaração XIX) a dispensa imediata sem indenização a sanção punitiva a ser reservada “para os casos mais graves”. A Lei n. 604/66, a qual consolidou e juridicizou o que já havia sido “adquirido pela via da contratação coletiva e conservado por meio da ação sindical”, afirma um princípio “profundamente revolucionário”, que impõe ao empresário sujeitar ao controle de terceiros os

²⁴⁴ GHEZZI, Giorgio, ROMAGNOLI, Umberto. *Il rapporto di lavoro*. p. 328.

²⁴⁵ É interessante observar que essa evolução jurídica, de um regime de ampla liberdade de dispensa ao estabelecimento de sérias restrições (como a exigência de motivação e a possibilidade da reintegração no posto de trabalho), fez-se presente em diversos países europeus, além da Itália, como Alemanha, França, Espanha e Portugal. SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova constituição*. p. 66-89. Nelson Mannrich observa que, infelizmente, o Brasil ainda não realizou essa evolução, pois “não reformou o sistema de dispensa, permanecendo a liberdade do empregador de extinguir o contrato sem qualquer justificativa.” MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva*. p. 566.

motivos da dispensa, para o fim de se verificar a sua licitude. Reconheceu-se, finalmente, aquilo que a consciência social -, sobretudo a partir da década de 1950, contrastando o “bastão empresarial, que reinava absoluto nas fábricas”, - já havia há tempos percebido²⁴⁶.

De fato, o poder de dispensa “ad nutum” já era visto há tempos por alguns juristas, que não ignoravam o que ocorria nas fábricas e na experiência social, como um meio de lesão aos direitos dos trabalhadores. Para aqueles que preparavam, entre as décadas de 1950 e 1960, a justificativa teórica de um Estatuto dos direitos dos trabalhadores, tratava-se de tornar possível o exercício dos direitos fundamentais nas empresas e, logo, de identificar as práticas que o obstaculizavam de fato e de reprimi-las com um aparato sancionatório adequado. Não por acaso, a Lei n. 604/66 foi apresentada e compreendida “como uma antecipação daquele estatuto que viria a existir apenas quatro anos mais tarde.”²⁴⁷.

Em relação à Lei n. 604/66, no entanto, a doutrina notava que a “solução econômica” não podia, de modo algum, ser colocada no mesmo plano, como se equivalente fosse, à readmissão do empregado. Tal solução era, de fato, “estranha à finalidade protetiva que a própria lei se propunha”. Nesse sentido, uma notável elaboração doutrinária e jurisprudencial tendia, ainda sob a vigência apenas desse diploma, a limitar os possíveis efeitos da alternativa formalmente conferida ao empregador entre readmitir o trabalhador e pagar-lhe uma indenização. Assim, “corroendo-o por dentro, insinuando no seio do princípio novas contradições, os intérpretes faziam emergir objetivamente, na consciência jurídica, a necessidade da sua superação”. Uma necessidade que foi tornada ainda mais urgente pelas lutas operárias de 1969²⁴⁸.

ALDO ARANGUREN também ressalta a insatisfação frente à disciplina prevista pela Lei n. 604/66 e a necessidade da sua alteração: “vigentes o acordo interconfederativo sobre as dispensas individuais e a Lei n. 604, de 15 de julho de 1966, não eram poucos os que defendiam a insuficiência da solução, contratual e legislativa, que previa a alternatividade entre repristinação ou readmissão e ressarcimento dos danos na medida forfetária indicada pelo contrato coletivo ou pela lei”. Defendia-se, assim, que

²⁴⁶ GHEZZI, Giorgio. I licenziamenti dalla “penale” alla “reintegra” dei lavoratori. *Politica del Diritto*, Bolonha, Il Mulino, ano II, p. 297-310, 1971. p. 298-299.

²⁴⁷ GHEZZI, Giorgio. I licenziamenti dalla “penale” alla “reintegra” dei lavoratori. p. 299.

²⁴⁸ GHEZZI, Giorgio. I licenziamenti dalla “penale” alla “reintegra” dei lavoratori. p. 301-302. Sobre as lutas operárias travadas na década de 1960, notadamente em 1969, que resultaram na promulgação do Estatuto dos Trabalhadores, vide MANCINI, Giuseppe Federico. Lo statuto dei lavoratori dopo le lotte operaie del 1969. *Politica del Diritto*, Bolonha, Il Mulino, ano I, n. 01, p. 57-87, jul. 1970 e PORTO, Lorena Vasconcelos. As lutas sociais na Itália ontem e hoje. *Trabalho e Movimentos Sociais*. coord. Carlos Augusto Junqueira Henrique, Gabriela Neves Delgado, Márcio Túlio Viana e Patrícia Henriques Ribeiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

para uma efetiva tutela do posto de trabalho deveria ser imposta a obrigação de reintegração do empregado²⁴⁹.

O caráter inovador do art. 18 do Estatuto dos Trabalhadores é ressaltado expressamente pelas primeiras decisões judiciais que o aplicaram, como a abaixo transcrita:

“Por força do art. 18, da Lei n. 300, de 20 de maio de 1970, o empresário – no caso de dispensa injustificada – não tem mais a faculdade de cessar a relação de emprego mediante o pagamento de uma soma a título de ressarcimento do dano sofrido pelo trabalhador, consoante o art. 8º, da Lei n. 604 de 1966, que portanto deve-se considerar revogado, mas tem a obrigação de reintegrar o trabalhador no posto de trabalho.”²⁵⁰.

A nova Constituição, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948, representou a restauração da democracia no País após décadas de vigência do regime fascista, iniciado em 1922, e o fim da II Guerra Mundial (1939-1945). Logo em seu art. 1º afirma que “A Itália é uma República democrática, fundada no trabalho”. Todavia, a democracia, afirmada como o novo regime político do País, ainda não havia ingressado em suas fábricas.

Embora um significativo conjunto de normas instituído pela Constituição começasse a delimitar, em certa medida, os poderes do empregador, “a solene afirmação dos direitos fundamentais da pessoa e dos direitos sindicais” não conseguiu incidir na ampla supremacia reconhecida ao empresário. Com efeito, “durante muito tempo se pensou que muitos daqueles direitos, de exercício pleno no âmbito público, não poderiam superar os muros da fábrica, por ser propriedade privada do empresário”. Foi a partir das lutas travadas pelos trabalhadores e pelos sindicatos, e a conseqüente promulgação do Estatuto dos Trabalhadores, que se abandonou essa concepção²⁵¹.

Nas palavras de GIORGIO GHEZZI e UMBERTO ROMAGNOLI, “o Estatuto nega o poder da direção empresarial vista como padrão do tempo e da atividade do trabalhador. A empresa se converte em parte

²⁴⁹ ARANGUREN, Aldo. La reintegrazione nel posto di lavoro. *Rivista di Diritto del Lavoro*, Milão, Giuffrè, ano XXIII, parte I, p. 493-534, 1971. p. 524.

²⁵⁰ Decisão da Pretura de Milão, de 03 de março de 1971, Mereghetti v. S.p.A. Gelati Sanson. *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, Milão, Il Sole 24 Ore, p. 176-180, 1971. p. 176. A comentar essa decisão, Ubaldo Prosperetti nota que “ela precisa exatamente o alcance inovador da recente disciplina legal sobre as dispensas”. PROSPERETTI, Ubaldo. Sull’art. 18 dello Statuto dei Lavoratori. *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, Milão, Il Sole 24 Ore, p. 177-178, 1971. p. 177.

²⁵¹ LOY, Gianni. El dominio ejercido sobre el trabajador. *Relaciones Laborales: revista critica de teoria y practica*, Madrid, La Ley, n. 02, p. 165-189, 2005. p. 169.

de uma República e os trabalhadores conservam sempre os seus direitos, inclusive dentro da empresa, e são sempre tratados como tais.”²⁵².

É interessante notar que o Estatuto dos Trabalhadores, a exemplo do próprio Direito do Trabalho, tem um viés duplo, progressista e conservador: fortaleceu o sindicato, abriu as portas da empresa para ele e limitou o exercício do poder empresarial, em benefício dos direitos fundamentais dos trabalhadores; mas, ao mesmo tempo, garantiu que o sindicato fosse o canal exclusivo das reivindicações operárias, evitando que estas escoassem por outras vias paralelas e transbordassem, comprometendo o sistema.

Como notam TIZIANO TREU, FRANCO CARINCI, RAFFAELE DE LUCA TAMAJO e PAOLO TOSI, “a Lei n. 300 foi aprovada em meio ao mais intenso ciclo de lutas operárias verificado na nossa história, o biênio 1968-1970, e visa reforçar a presença do sindicato, seja frente à contraparte empresarial, seja frente a uma pressão de base que arriscava fugir ao controle das organizações. O Estatuto retoma a inspiração fundamental da constituição de valorizar o sindicato como agente de transformação social e de igualdade substancial, mas sem colocar em questão, ao contrário confirmando, a escolha privatística das décadas anteriores”. O seu campo de intervenção foi exatamente “a empresa, em cujo interior o sindicato recebe pela primeira vez direito de cidadania”²⁵³.

GIORGIO GHEZZI e UMBERTO ROMAGNOLI ressaltam que a efetiva proteção contra a dispensa imotivada concretiza a “aspiração do trabalhador àquele complexo de bens – qualificação profissional, continuidade e adequação da renda, perspectiva de carreira – que são indissolúvelmente ligados à ocupação em tempo integral e por tempo indeterminado; uma aspiração que, no período pós-Constituição, permaneceu constantemente no vértice dos pensamentos dos sindicatos e, por fim, foi protegida também pelo legislador.”²⁵⁴.

Acerca da proteção conferida pela legislação italiana, em consonância com os princípios constitucionais, afirma GIANCARLO PERONE que ela “representa uma das mais garantidoras escolhas de política legislativa conseqüentes à aludida constitucionalização do direito do trabalho e, em particular, ao reconhecimento do direito ao trabalho por parte da lei fundamental da República.”²⁵⁵.

4.1.2 Análise da disciplina legal em vigor na atualidade

²⁵² GHEZZI, Giorgio, ROMAGNOLI, Umberto. *Il rapporto di lavoro*. p. 26.

²⁵³ CARINCI, Franco, DE LUCA TAMAJO, Raffaele, TOSI, Paolo, TREU, Tiziano. *Diritto del Lavoro. Il Diritto Sindacale*. 4ª ed. Turim: UTET, 2003. p. 22.

²⁵⁴ GHEZZI, Giorgio, ROMAGNOLI, Umberto. *Il rapporto di lavoro*. p. 41. Tradução nossa.

²⁵⁵ PERONE, Giancarlo. *Lineamenti di diritto del lavoro*. p. 105-106. Tradução nossa.

Cumpra, primeiramente, esclarecer que as limitações legais impostas à cessação do contrato de trabalho referem-se tão somente às hipóteses em que esta ocorre por iniciativa do empregador. Assim, o empregado tem ampla liberdade de resiliir o referido pacto, sem necessidade de apresentar qualquer motivação, sendo devido ao patrão apenas o aviso-prévio, nos termos do art. 2.118, do CC/42.

Em regra, o obreiro também não está sujeito à observância de qualquer formalidade, podendo comunicar sua demissão inclusive oralmente, salvo disposição diversa em contrato coletivo. Em algumas situações, a lei impõe exigências formais à validade do pedido de demissão (*e.g.*, trabalhadora grávida ou após a ocorrência do parto), mas o seu objetivo é, claramente, o de assegurar que o ato do trabalhador tenha sido verdadeiramente livre, isto é, não resultante das pressões patronais.

4.1.2.1 Hipóteses sob a égide do art. 2118 do Código Civil de 1942: possibilidade de dispensa imotivada

Como vimos, a regra da necessidade de justificação da dispensa, anteriormente não aplicável às empresas e unidades produtivas menores, com a Lei n. 108/90 passou a incidir independentemente da dimensão do empregador. Todavia, ainda permanecem, na atualidade, algumas categorias de trabalhadores que, embora contratados por tempo indeterminado, podem ser dispensados imotivadamente (“ad nutum”). Fazem jus apenas ao aviso-prévio, que, não sendo concedido, é substituído por uma indenização equivalente à remuneração que seria percebida pelo obreiro no curso desse prazo²⁵⁶. Não tem esse direito, no entanto, o empregado dispensado por justa causa, a qual será definida abaixo.

Passemos então à análise das categorias de obreiros sujeitos à dispensa imotivada. A primeira delas é a dos empregados domésticos, por força do art. 4º, §1º, primeira parte, da Lei n. 108/90. Essa exclusão é justificada pelas peculiaridades que caracterizam essa relação, como a intensa fidúcia depositada pelo patrão na pessoa do empregado, a natureza pessoal e o âmbito familiar da prestação

²⁵⁶ O aviso-prévio, ao contrário do Direito brasileiro, não tem seu prazo estipulado em lei, dispendo o art. 2118, do CC/42, que deve ser fixado pela negociação coletiva, pelos usos ou pela equidade. Em regra, esse prazo consta dos contratos coletivos, sendo estabelecido com base no nível profissional do trabalhador e no seu tempo de serviço e, em geral, é mais longo no caso da dispensa do que na hipótese de demissão. Na ausência de um contrato coletivo aplicável, portanto, deve-se recorrer aos usos ou à equidade, nos termos do dispositivo acima aludido. In VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. v. 2. 4ª ed. Pádua: CEDAM, 2004. p. 348.

dos serviços, consoante reconhecido pela doutrina e jurisprudência italianas²⁵⁷, que fazem especial referência à tutela da família, assegurada pela Constituição, em seu art. 31, §1º²⁵⁸.

A segunda categoria de obreiros que podem ser dispensados “ad nutum” está prevista no art. 4º, §2º, da Lei n. 108/90. Para a compreensão dessa hipótese é necessário um prévio esclarecimento. A Lei n. 54/82, em seu art. 6º, conferiu uma faculdade ao trabalhador: ele pode comunicar ao seu patrão, até seis meses antes de completar a idade da aposentadoria por velhice, a sua vontade em continuar trabalhando na empresa, pelo tempo necessário para que possa se aposentar com o recebimento dos proventos em seu valor integral. Posteriormente, o art. 6º, da Lei n. 407/90, modificado pelo art. 3º, da Lei n. 421/92, estabeleceu que, mesmo já tendo condições de se aposentar com a percepção de proventos integrais, o trabalhador pode optar por continuar trabalhando na empresa. Esses dispositivos legais atendem, simultaneamente, aos interesses do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) e do obreiro, que, optando pelo prosseguimento da relação de emprego, obtém uma majoração no valor de seus proventos (art. 6º, §6º, da Lei n. 407/90).

Efetuando uma das opções acima aludidas, o trabalhador permanece sujeito ao regime a que estava submetido até então (tutela real, tutela obrigatória ou dispensa imotivada), até que complete 65 anos²⁵⁹. No entanto, caso não o faça, o empregado com mais de 60 anos, detentor dos requisitos necessários para se aposentar, torna-se, automaticamente, sujeito à dispensa imotivada. Não se trata de resolução automática da relação de emprego, mas, sim, de se conferir ao patrão a liberdade em dispensar o obreiro, sem necessidade de motivação.

Para justificar essa regra, mencionam-se diversas razões: o fato de o empregado dispensado não restar privado de uma fonte de subsistência, vez que já conta com a percepção da aposentadoria, de ele já ter se realizado pessoalmente através do exercício de sua profissão e de se abrirem novos postos no mercado de trabalho para os jovens e desempregados.

Cumpramos ressaltar o problema relativo ao tratamento paritário entre homens e mulheres, surgido sob a égide do art. 11, §1º, da Lei n. 604/66, que disciplinava anteriormente a hipótese em análise. Tal dispositivo previa apenas a obtenção do direito à aposentadoria por velhice para submeter o obreiro,

²⁵⁷ GRANDI, Mario, PERA, Giuseppe. *Commentario breve alle Leggi sul lavoro*. Pádua: CEDAM, 2001. p. 1196.

²⁵⁸ VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 455.

²⁵⁹ Com a elevação da idade mínima da aposentadoria masculina de 60 para 65 anos, através do DL n. 503/92 e modificações sucessivas, a referida regra aparenta ser inócua para os homens - encontrando aplicação apenas para as mulheres - vez que aqueles não contariam com os requisitos para se aposentar antes de completar tal idade. Todavia, existem regimes previdenciários especiais, diversos daquele geral do INPS, que reconhecem o direito à aposentadoria por velhice ao homem com 60 anos, hipótese em que o referido dispositivo encontra utilidade, conforme reconhecido pela Corte de Cassação, na decisão n. 7853, de 29 de maio de 2002. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom, consultado na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Roma “Tor Vergata”.

automaticamente, à dispensa imotivada, sem mencionar uma idade mínima. Em razão de a mulher gozar desse direito ao completar 55 anos, ela poderia ser dispensada “ad nutum” antes do homem, que o alcançava com 60 anos. Visando à resolução dessa disparidade, o legislador criou a possibilidade de a mulher optar pelo prosseguimento da relação de trabalho até o limite de idade previsto para o homem, através de comunicação ao patrão até três meses antes de completar a idade da aposentadoria (art. 4º, da Lei n. 903/77). Todavia, a Corte Constitucional, na decisão n. 498, de 1988, declarou inconstitucional também o ônus de efetuar essa opção. Tal entendimento foi incorporado pelo citado art. 4º, da Lei n. 108/90, que, assegurando à mulher o direito de se aposentar com 55 anos, manteve até 60 anos, em paridade com o homem, o regime de tutela contra a dispensa aplicável à sua relação de emprego²⁶⁰.

A exigência de se reduzir o déficit dos entes previdenciários, em crise em razão de fatores demográficos (diminuição da taxa de natalidade aliada ao aumento da expectativa de vida), levou o legislador a, primeiramente, incentivar o prosseguimento do contrato de trabalho, como vimos, e, posteriormente, à elevação da idade mínima para se aposentar. Isso foi feito através do art. 1º, §1º, do Decreto Legislativo (DL) n. 503/92 e sucessivas modificações, sendo elevadas gradualmente as idades mínimas: no caso do homem, de 60 para 65 anos, e, para a mulher, de 55 para 60 anos.

A partir daí surgiu uma nova disparidade, porque a mulher com mais de 60 anos já teria alcançado a idade da aposentadoria por velhice e, salvo uma expressa opção, restaria submetida à dispensa “ad nutum”. O homem, ao contrário, sem necessidade de qualquer opção, estaria salvaguardado até os 65 anos. Foi necessária então, uma nova intervenção da Corte Constitucional, através da decisão n. 256, de 20 de junho de 2002. A Corte afirmou que a mulher, no novo regime, podendo se aposentar com 60 anos, tem o direito de manter a sua relação de emprego, com a tutela contra a dispensa de que gozava até então, até alcançar 65 anos, em condição de igualdade com o homem. Para tanto, não é necessário efetuar qualquer comunicação ao seu empregador. Destarte, após a citada reforma previdenciária, é dessa forma que deve ser lido o art. 4º, §2º, da Lei n. 108/90, em obediência ao princípio da paridade entre os sexos (arts. 3º e 37, da Constituição)²⁶¹.

A terceira categoria de empregados sujeitos à dispensa “ad nutum” é a dos atletas profissionais. Essa exclusão é feita pelo art. 4º, §8º, da Lei n. 91/81, que regula essa relação de emprego específica, não tendo sido modificada pela Lei n. 108/90.

²⁶⁰ PILEGGI, Antonio. Licenziamento della lavoratrice “ultrasessantenne in possesso dei requisiti pensionistici” e parità tra i sessi. *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, Milão, Il Sole 24 Ore, p. 45-49, jan./fev. 2003. p. 46.

²⁶¹ PILEGGI, Antonio. Licenziamento della lavoratrice “ultrasessantenne in possesso dei requisiti pensionistici” e parità tra i sessi. p. 49.

A quarta categoria é a dos trabalhadores contratados a título de experiência, excluídos expressamente pelo art. 10, da Lei n. 604/66. Primeiramente, importa notar que esse dispositivo permite que a fixação do período de prova seja feita pela negociação coletiva, não podendo, no entanto, ultrapassar seis meses. Essa pactuação deve ser efetuada por escrito, de acordo com o disposto no art. 2.096, §1º, do CC/42, o que constitui uma exceção ao princípio da liberdade de forma no contrato de trabalho. A jurisprudência e a doutrina, em sua maioria, consideram essa formalidade “ad substantiam”, de modo que a sua ausência resulta na conclusão de ter sido o obreiro contratado a título definitivo²⁶².

A exclusão em comento foi feita em razão da natureza específica desse pacto empregatício, que permite ao patrão avaliar não só a capacidade profissional, mas também o comportamento do obreiro, não havendo necessidade, portanto, de demonstrar a existência de uma justa causa ou de um motivo justificado para se recusar à contratação definitiva. A constitucionalidade dessa exclusão foi declarada pela Corte Constitucional, na decisão n. 189, de 22 de dezembro de 1980, a qual, no entanto, afirmou o direito do trabalhador de arguir a invalidade da dispensa, provando que ela foi motivada por razões ilícitas ou discriminatórias²⁶³, que não foi verificada efetivamente a sua capacidade profissional ou o seu comportamento, isto é, realizada de fato a experiência pactuada no contrato²⁶⁴, ou ainda que, não obstante ter obtido êxito positivo no período de prova, foi dispensado. Logrando êxito em provar uma dessas hipóteses, a jurisprudência diverge na determinação dos efeitos daí advindos²⁶⁵.

A última categoria de trabalhadores submetidos ao regime em tela é a dos denominados “dirigenti” (art. 10, da Lei n. 604/66, e art. 2º, §3º, da Lei n. 190/85), que corresponderiam, no Direito brasileiro, aos empregados ocupantes de cargo ou função de confiança. Ao contrário do legislador brasileiro, que cuida de definir esse trabalhador (art. 62, II e parágrafo único, e art. 224, §2º, da CLT), o legislador italiano não o define, não obstante lhe conferir um tratamento jurídico especial em diversas

²⁶² GRANDI, Mario, PERA, Giuseppe. *Commentario breve alle Leggi sul lavoro*. p. 402.

²⁶³ No mesmo sentido, vide as decisões da Corte de Cassação n. 2228, de 12 de março de 1999, e n. 15654, de 12 de dezembro de 2001. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

²⁶⁴ Vide a decisão da Corte de Cassação n. 402, de 17 de janeiro de 1998. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

²⁶⁵ Há decisões que afirmam o direito de o trabalhador ser indenizado, outras de ser reintegrado à empresa pelo período necessário à realização do período de prova, caso esta não tenha ocorrido, havendo ainda juízes que determinaram a efetiva reintegração, na hipótese de dispensa por motivo discriminatório. GRANDI, Mario, PERA, Giuseppe. *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*. p. 989-990. É interessante o entendimento da jurisprudência francesa acerca da matéria. A ruptura do contrato de experiência pelo empregador “sem relação com a execução do trabalho” ou que “não tenha levado em consideração a insuficiência profissional” é abusiva, consoante o entendimento da Corte de Cassação. Essa posição foi adotada recentemente pelo “Conseil de Prud’hommes” de Longjumeau, o qual condenou por abuso de direito o empregador que havia rompido um contrato de experiência fora desses parâmetros. In Decisão do “Conseil de Prud’hommes” de Longjumeau, de 20 de fevereiro de 2006. *Droit Social*, Paris, Éditions Techniques et Économiques, n. 04, p. 362-363, abr. 2006. Vide também DOCKÈS, Emmanuel. Du CNE au CPE, après le jugement du Conseil de prud’hommes de Longjumeau. *Droit Social*, Paris, Éditions Techniques et Économiques, n. 04, p. 356-362, abr. 2006. p. 357.

matérias, como a relativa à sua dispensa. Essa definição, no entanto, geralmente vem expressa nos contratos coletivos aplicáveis a esses obreiros, que mencionam o seu elevado poder de decisão e as suas funções de promover e coordenar a realização dos objetivos de toda a empresa ou de um de seus setores. A configuração desse cargo especial depende dos poderes e funções efetivamente atribuídos ao obreiro, não bastando apenas a sua denominação formal²⁶⁶.

A exclusão do dirigente do regime de proteção legal contra a dispensa imotivada justifica-se pelo fato de ele ser o “alter ego” do empregador, gozando de uma especial confiança deste, a qual pode ser abalada em razão de diversas circunstâncias²⁶⁷. Importa ressaltar o entendimento de parte da jurisprudência da Corte de Cassação, no sentido de estarem submetidos à dispensa imotivada apenas os dirigentes que ocupam uma verdadeira posição de vértice na organização da empresa (denominados “dirigenti apicali”)²⁶⁸. Por outro lado, alguns juízes, invocando o princípio da boa-fé na execução dos contratos (art. 1375, do CC/42), não admitem que a dispensa do dirigente seja totalmente desprovida de motivação²⁶⁹.

No entanto, vários contratos coletivos aplicáveis a esses obreiros lhes garantem uma proteção equivalente à tutela obrigatória, prevista na Lei n. 604/66, que será abaixo explicitada. Tais instrumentos prevêm o pagamento de uma indenização, dita “suplementar”, no caso de dispensa imotivada, cujo valor, em regra, é determinado em função do tempo de serviço e da idade do dirigente. Em geral, os contratos coletivos prevêm também, no caso de controvérsia surgida acerca da dispensa,

²⁶⁶ GALANTINO, Luisa. *Diritto del Lavoro*. p. 277-278.

²⁶⁷ Em virtude do estreito vínculo de fidúcia que caracteriza a relação empregatícia do dirigente, tal exclusão foi considerada válida pela Corte Constitucional, na decisão n. 121, de 06 de julho de 1972, e pela Corte de Cassação em diversas decisões, como as de n. 6520, de 09 de junho de 1995, n. 10445, de 25 de novembro de 1996, n. 3.056, de 23 de março de 1998, n. 6448, de 06 de maio de 2002. In MINERVINI, Annamaria. *Profili di diritto sostanziale nel licenziamento del dirigente*. *Il Diritto del Lavoro*, Roma, Fondazione Diritto del Lavoro L. A. Miglioranza, ano LXXVII, n. 06, p. 513-530, nov./dez. 2003. p. 515.

²⁶⁸ Na decisão n. 15351, de 09 de agosto de 2004, a Corte de Cassação afirmou que: “a regra da possibilidade de dispensa *ad nutum* dos dirigentes, extraível do art. 10, da Lei n. 604, de 1966, é aplicável apenas ao dirigente em posição de vértice, que, no âmbito da empresa, tenha um papel caracterizado pela amplitude do poder de gestão, de modo a poder ser definido como um verdadeiro *alter ego* do empresário, na medida em que é preposto de toda a empresa ou de um ramo ou serviço de especial relevância, em posição de substancial autonomia, de modo tal a influenciar o andamento e as escolhas da atividade empresarial, seja em seu interior, seja nas relações com terceiros.”. *Repertorio del Foro Italiano*, ano de 2004, Roma, Il Foro Italiano, 2005. p. 1535. Vide também as decisões da mesma Corte n. 12571, de 12 de novembro de 1999; n. 9715, de 18 de julho de 2001; n. 5526, de 09 de abril de 2003, a qual, inclusive, atribui ao empregador o ônus de comprovar a posição de vértice do dirigente dispensado; e n. 9968, de 23 de junho de 2003. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom. O Tribunal de Milão, na decisão de 1º de abril de 2004, frente à dispensa imotivada de um dirigente médico, não efetivamente dotado de poderes de representação do empregador e de gestão da empresa, ordenou a aplicação da tutela real (art. 18 do Estatuto dos Trabalhadores) e não do regime indenizatório previsto pelo contrato coletivo, pois considerou que não se tratava de um verdadeiro dirigente. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

²⁶⁹ Vide as decisões da Corte de Cassação n. 9896, de 20 de junho de 2003, e do Tribunal de Milão, de 21 de junho de 2004. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

um procedimento de arbitragem, considerado não obrigatório pela jurisprudência, podendo o obreiro, assim, dirigir-se diretamente ao Poder Judiciário²⁷⁰.

Todavia, como esses instrumentos não abrangem todos os dirigentes, muitos doutrinadores defendem a extensão legal da referida tutela a toda a categoria, até mesmo pelo fato de a fidúcia presente nessa relação não ser tão forte a ponto de justificar a dispensa “ad nutum”, como ocorre com o empregado doméstico.

4.1.2.2 Hipóteses de limitações temporárias à dispensa

Há determinadas situações, no entanto, em que qualquer trabalhador, mesmo que submetido ao regime de dispensa “ad nutum”, não pode ser despedido durante um dado intervalo de tempo.

Podem ser citadas as hipóteses de acidente de trabalho ou doença (art. 2110, do CC/42), em que o referido lapso temporal é estabelecido pela contratação coletiva²⁷¹; de prestação de serviço militar obrigatório (art. 52, §2º, da Constituição, art. 1º, § 1º, do DL n. 303/46 e art. 77, §2º, do Decreto Presidencial n. 236/64) ou do serviço civil substitutivo (art. 6º, da Lei n. 230/98); de convocação às Forças Armadas (art. 52, §2º, da Constituição, art. 2111, §2º, do CC/42, e Lei n. 370/55); de tratamento de reabilitação do tóxico dependente (por um período não superior a três anos – art. 124, §1º, do Decreto Presidencial n. 309/90); e o exercício de funções públicas eletivas (art. 51, §3º, da Constituição, e art. 31, da Lei n. 300/70).

Nos casos acima elencados, o trabalhador somente pode ser dispensado por justa causa ou por cessação da atividade empresarial. A dispensa ocorrida fora dessas hipóteses, consoante o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante, não é inválida, mas temporariamente ineficaz, produzindo os seus efeitos apenas após a decorrência do lapso temporal aplicável à hipótese²⁷².

Em razão da necessidade de se proteger a função familiar da mulher (arts. 31 e 37, §1º, da Constituição, e Diretiva n. 85/92, da União Européia), é vedada a dispensa da trabalhadora em razão do casamento (desde o pedido de publicação dos respectivos proclamas até um ano após a celebração – art. 1º, da Lei n. 7/63) e de gravidez (desde o início da gestação até o cumprimento de um ano de idade do filho – art. 54, do DL n. 151/2001). Também é vedada a dispensa do trabalhador-pai (art. 54, §7º, do DL n. 151/2001), ao qual se garante o direito de se ausentar do trabalho nos primeiros três meses de

²⁷⁰ VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 423.

²⁷¹ GHERA, Edoardo. *Diritto del lavoro*. p. 151.

²⁷² GHERA, Edoardo. *Diritto del lavoro*. p. 151. Nesse sentido, vide a decisão da Corte de Cassação n. 9037, de 04 de julho de 2001. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

vida do filho caso, por algum motivo, não se faça presente a mãe (v.g., morte, abandono, doença grave). A vedação da dispensa independe do conhecimento, por parte do empregador, de tais hipóteses²⁷³.

São, no entanto, excluídos da vedação em comento os empregados domésticos (art. 1º, §4º, da Lei n. 7/63, e art. 62, do DL n. 151/2001)²⁷⁴ e aqueles contratados a título de experiência (art. 54, §3º, “d”, do DL n. 151/2001).

Nos períodos supra citados, a dispensa somente é válida por culpa grave do trabalhador²⁷⁵ ou por cessação da atividade empresarial. Caso o empregador não consiga provar a presença desses motivos, a dispensa é nula e o obreiro faz jus ao recebimento de sua remuneração até a efetiva reintegração (arts. 1º, §2º, e 2º, §2º, da Lei n. 7/63 e art. 54, §§ 5º e 7º, do DL n. 151/2001).

4.1.2.3 Necessidade de motivação: justa causa ou justificado motivo

Com exceção dos trabalhadores mencionados no item 4.1.2.1, os quais a lei permite sejam despedidos imotivadamente, a dispensa dos demais obreiros está sujeita à norma contida no art. 1º, da Lei n. 604/66. Esta a condiciona à existência de uma justa causa ou de um justificado motivo, os quais devem ser provados pelo empregador, nos termos do art. 5º desse diploma²⁷⁶. Não se trata de uma inversão do ônus probatório, mas da aplicação da regra geral de que a prova do fato cabe à parte que o alega (art. 2.697, do CC/42), vez que a motivação é alegada pelo patrão para legitimar a dispensa por ele efetuada.

A configuração da justa causa exclui o direito do trabalhador ao aviso-prévio (art. 2119, do CC/42), o qual é assegurado na hipótese de justificado motivo (art. 3º, da Lei n. 604/66). Em ambos os casos, no entanto, o trabalhador faz jus ao recebimento da indenização de antiguidade, denominada “trattamento de fine rapporto”, como veremos.

²⁷³ Nesse sentido, a Corte de Cassação, na decisão n. 10, de 03 de janeiro de 1984, considerou inexistente o dever da trabalhadora de comunicar ao patrão acerca do seu casamento. In VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 394.

²⁷⁴ VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 394. A Corte Constitucional confirmou a exclusão dos empregados domésticos nas decisões n. 27, de 1974, n. 09, de 1987, e n. 86, de 1994. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it/>>. Acesso em: 16 dez. 2007.

²⁷⁵ No sentido da insuficiência da justa causa, sendo necessário também o elemento subjetivo da culpa grave para legitimar a dispensa, vide a decisão da Corte de Cassação n. 12503, de 21 de setembro de 2000. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

²⁷⁶ Nesse sentido, vide a decisão da Corte de Cassação n. 20700, de 25 de outubro de 2004. *Repertorio del Foro Italiano*, ano de 2004, p. 1533.

4.1.2.3.1 Conceito de justa causa

A justa causa é definida pelo art. 2.119, do CC/42, como “uma causa que não permite a continuação, mesmo que provisória, da relação de emprego”²⁷⁷. Trata-se, portanto, de situações de relevância tal a tornar inevitável uma brusca cessação da relação entre as partes, visando salvaguardar o interesse contratual daquele que a invoca.

Não há, portanto, uma tipificação legal das hipóteses em que se configura a justa causa, como ocorre no Direito brasileiro, sendo esta definida de modo bastante genérico, razão pela qual coube à doutrina e à jurisprudência determinar os requisitos necessários à sua configuração.

Embora seja comum a previsão pelos contratos coletivos das condutas que constituem uma justa causa, a doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem que o juiz não está adstrito a essas normas, de modo que pode não considerar como tal um comportamento aí previsto ou vice-versa, isto é, considerar justa causa uma conduta não elencada no instrumento normativo²⁷⁸. Por outro lado, caso o contrato coletivo preveja, para um determinado fato, uma sanção diversa da dispensa ou a permita apenas se presentes determinadas circunstâncias, ele vincula o juiz, em razão de previsão expressa do art. 12, da Lei n. 604/66, que consagra o princípio da norma mais benéfica ao trabalhador²⁷⁹.

Todavia, embora não vinculante, a tipificação efetuada pela contratação coletiva exerce um papel importante no sentido de dar maior concretude ao conceito legal (v.g., individualizando as infrações disciplinares que, pela sua gravidade, configuram uma justa causa), auxiliando o juiz na sua aplicação²⁸⁰.

No que tange à justa causa praticada pelo empregado, elencam-se, como pressupostos da sua ocorrência, a gravidade da conduta²⁸¹, a exigência de esta se relacionar, de alguma forma, ao contrato

²⁷⁷ Art. 2119. “Recesso per giusta causa. Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se il contratto è a tempo determinato, o senza preavviso, se il contratto è a tempo indeterminato, qualora si verificchi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto.” (grifos nossos).

²⁷⁸ Vide GALANTINO, Luisa. *Diritto del Lavoro*. p. 452-453 e a decisão da Corte de Cassação n. 14041, de 27 de setembro de 2002. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom. Na decisão n. 5372, de 16 de março de 2004, a Corte considerou justa causa a conduta do obreiro que golpeou o seu superior, embora não contemplada no art. 25 do contrato coletivo nacional dos empregados metalúrgicos da indústria privada, que previa apenas a rixa. *Repertorio del Foro Italiano*, ano de 2004. p. 1538.

²⁷⁹ Vide a decisão da Corte de Cassação n. 4.932, de 11 de abril de 2003, que deixou de considerar como justa causa uma discussão ocorrida fora da empresa, em razão de o contrato coletivo aplicável prever como tal apenas um litígio ocorrido no local de trabalho. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom. No mesmo sentido, a decisão n. 16260, de 19 de agosto de 2004, da mesma Corte. *Repertorio del Foro Italiano*, ano de 2004, p. 1537.

²⁸⁰ GHERA, Edoardo. *Diritto del lavoro*. p. 153.

²⁸¹ Esse pressuposto relaciona-se também à necessidade de proporcionalidade entre a infração e a respectiva sanção, pois que, sendo a dispensa sem aviso-prévio a mais grave das sanções disciplinares, igualmente grave deve ser a conduta que

de trabalho ou ao ambiente laborativo, a atualidade ou imediatividade da dispensa em relação ao cometimento da falta, a imodificabilidade dos fatos alegados pelo patrão, a existência de dolo ou culpa grave do trabalhador e a necessidade de a conduta obreira ser analisada em concreto.

Existe uma discussão acerca das condutas que podem se enquadrar no conceito de justa causa. Uma primeira corrente, prevalente na doutrina italiana, restringe-as àquelas relacionadas ao estrito âmbito contratual, ou seja, a um inadimplemento grave do pacto empregatício. Invoca-se o art. 8º, do Estatuto dos Trabalhadores, que exclui a relevância para a relação de emprego de fatos e/ou elementos que não sejam diretamente relacionados à prestação laborativa²⁸².

Uma segunda corrente, majoritária na jurisprudência e compartilhada por parte da doutrina, defende a abrangência de determinados fatos que, embora não diretamente relacionados à relação de trabalho, têm o condão de atestar a inidoneidade do trabalhador, não do ponto de vista físico ou técnico, mas, sim, em relação às qualidades pessoais (morais, de imagem) necessárias ao desenvolvimento de suas funções contratuais²⁸³.

Cumprido ressaltar que a prática de um crime pelo trabalhador, seja ele relacionado ou não à relação de emprego, não configura, automaticamente, uma justa causa, devendo ser averiguado, no caso concreto, se tem o condão de impedir o prosseguimento, mesmo que provisório, da relação²⁸⁴.

Importa tecer algumas considerações sobre a exigência da imediatividade. Ela decorre da própria conotação de urgência, presente na definição legal de justa causa, sendo amplamente aceita pela jurisprudência²⁸⁵. Consiste na contigüidade temporal entre a verificação da falta ou o seu conhecimento pelo patrão e a dispensa, sendo admissível, no entanto, aguardar-se o tempo necessário para a exata

legítima a sua aplicação. Nesse sentido, vide a decisão da Corte de Cassação n. 1892, de 18 de fevereiro de 2000. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

²⁸² GHERA, Edoardo. *Diritto del lavoro*. p. 156. Nesse sentido, a Pretura de Milão, na decisão de 21 de janeiro de 1994, considerou que, em geral, não se configura a justa causa no caso de crimes estranhos à relação de trabalho. MANNACIO, Giorgio. Qualificazione del rapporto, accesso al lavoro e licenziamenti nella giurisprudenza di merito della Lombardia. *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, Milão, Il Sole 24 Ore, ano LXXIII, n. 12, p. 1276-1280, dez. 2000. p. 1279.

²⁸³ Esse entendimento é defendido por VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 362-363. No mesmo sentido posiciona-se a jurisprudência da Corte de Cassação: decisões n. 6293, de 10 de julho de 1996; n. 10299, de 22 de novembro de 1996; n. 9354, e 04 de setembro de 1999; e n. 3379, de 06 de março de 2003. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

²⁸⁴ Para os empregados públicos, no entanto, é prevista, como pena acessória, a extinção automática do contrato no caso de condenação definitiva a no mínimo 3 anos de reclusão pela prática de determinados crimes contra a Administração Pública (peculato, concussão e corrupção – art. 32, do Código Penal).

²⁸⁵ A Corte de Cassação, na decisão n. 14074, de 28 de setembro de 2002, considerou a imediatividade como elemento constitutivo da justa causa, de cuja ausência se conclui a tolerância (“perdão tácito”) do patrão e, na decisão n. 5396, de 05 de abril de 2003, fundamentou-a, ainda, na proteção do direito de defesa do trabalhador. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

apuração e o adequado julgamento da falta cometida²⁸⁶. Na pendência de tais procedimentos, o empregador pode suspender o empregado, para evitar eventuais prejuízos advindos da sua presença na empresa. Essa faculdade, embora não prevista em lei, é reconhecida pela jurisprudência²⁸⁷, que, todavia, assegura ao obreiro a continuidade da percepção de sua remuneração²⁸⁸, salvo disposição diversa do contrato coletivo²⁸⁹.

Em virtude de disposição legal expressa (art. 2119, §2º, do CC/42), não pode configurar uma justa causa a execução concursal do empregador (falência ou liquidação administrativa, à qual é equiparada a administração extraordinária das grandes empresas em crise). Nesse caso, o empregado pode ser eventualmente dispensado por justificado motivo objetivo, com direito ao aviso-prévio (tal conceito será explicitado abaixo)²⁹⁰.

4.1.2.3.2 Conceito de justificado motivo

O justificado motivo é definido pelo art. 3º, da Lei n. 604/66, como “um notável inadimplemento das obrigações contratuais do empregado” ou “uma razão inerente à atividade produtiva, à organização do trabalho e ao regular funcionamento desta.”²⁹¹. Distinguem-se, portanto, duas espécies de justificado motivo: o subjetivo e o objetivo.

4.1.2.3.2.1 O justificado motivo subjetivo

O justificado motivo subjetivo exige, para a sua configuração, um inadimplemento “notável”, isto é, mais grave do que aquele exigido pelo CC/42 (arts. 1.443 e 1.455) para a resolução dos contratos

²⁸⁶ Nesse sentido pronunciou-se a Corte de Cassação, na decisão n. 8730, de 17 de janeiro de 2002. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

²⁸⁷ Na decisão n. 13294, de 10 de setembro de 2003, a Corte de Cassação reconheceu ao patrão o direito de suspender cautelarmente o empregado, durante um processo penal, para, eventualmente, dispensá-lo ao final do mesmo. Vide também as decisões n. 4719, de 12 de julho de 1983, e n. 7303, de 17 de julho de 1990, da mesma Corte. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

²⁸⁸ Decisão da Corte de Cassação n. 3370, de 11 de abril de 1996. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

²⁸⁹ O contrato coletivo pode prever a suspensão, parcial ou total, da remuneração e a eficácia retroativa da dispensa, mas, se ao final do procedimento esta não ocorre, o trabalhador tem direito à integralidade da retribuição devida por todo o período da suspensão. Vide as decisões da Corte de Cassação n. 624, de 23 de janeiro de 1998, e n. 3209, de 26 de março de 1998. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

²⁹⁰ VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 362.

²⁹¹ Art. 3º. “Il licenziamento per giustificato motivo con preavviso è determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro ovvero da ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa.” (grifos nossos).

em geral (regra do “exceptio non adimplendum contractus”). Assim sendo, se o inadimplemento não revestir tal caráter, ao empregador é lícito aplicar apenas uma sanção disciplinar diversa da dispensa.

Assim como a justa causa, o justificado motivo subjetivo refere-se a uma conduta do trabalhador, exigindo, para a sua configuração, os requisitos acima aludidos, como a importância da falta cometida, a imediatividade, a culpa grave ou o dolo do obreiro e a análise em concreto de seu comportamento²⁹². Demais disso, o juiz não está vinculado à tipificação presente nos contratos coletivos, a não ser em benefício do trabalhador.

A diferença entre as duas figuras é de caráter quantitativo, vez que o justificado motivo subjetivo abrange infrações contratuais menos graves, que, por tal razão, não retiram do trabalhador o direito ao aviso prévio²⁹³. Importa observar que a divergência acerca da conceituação da justa causa aqui não se faz presente, vez que ambas as correntes acima citadas, face ao exposto texto legal, convergem no sentido de o justificado motivo subjetivo abranger apenas o inadimplemento contratual.

Destarte, caberá ao magistrado, na análise do caso concreto, aferir e valorar a gravidade da conduta, para distinguir as duas figuras. Assim, no julgamento de um litígio em que o patrão alega a prática de justa causa, o juiz poderá reconhecer que, não obstante esta não se configure, faz-se presente o justificado motivo subjetivo, mantendo, assim, a dispensa do empregado, mas lhe assegurando a indenização substitutiva do aviso-prévio²⁹⁴.

4.1.2.3.2.2 O justificado motivo objetivo

²⁹² Na decisão n. 13194, de 09 de setembro de 2003, a Corte de Cassação considerou que o rendimento insuficiente do trabalhador é um justificado motivo subjetivo para a dispensa, desde que o patrão prove, além da ausência do resultado esperado, que isso ocorreu em razão de um culpável e negligente inadimplemento na execução da sua prestação, confrontando o grau de diligência normalmente solicitado para aquele trabalho com aquele efetivamente empregado pelo obreiro. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

²⁹³ No sentido da distinção apresentada, conferir PERONE, Giancarlo. *Lineamenti di diritto del lavoro*. p. 109; NICOLINI, Giovanni. *Diritto del lavoro*. Milão: Giuffrè, 1992. p. 443; GALANTINO, Luisa. *Diritto del Lavoro*. p. 454-455; GRANDI, Mario, PERA, Giuseppe. *Commentario breve alle Leggi sul lavoro*. p. 941. Essa diferenciação quantitativa guarda semelhanças com a existente, no Direito brasileiro, entre a justa causa e a falta grave (art. 493, da CLT). No Direito francês, há também uma gradação das faltas, de acordo com sua gravidade, o que determina se o obreiro terá ou não direito ao aviso-prévio e à percepção de indenizações na dispensa. In SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova constituição*. p. 106.

²⁹⁴ Nesse sentido, vide as decisões da Corte de Cassação n. 2204, de 27 de fevereiro de 1998; n. 143, de 06 de janeiro de 2000; n. 12769, de 27 de setembro de 2000; e n. 7185, de 26 de maio de 2001. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom. Vide também a decisão da mesma Corte n. 12781, de 14 de junho de 2005, S. v. Artigiani Trentini Scarl. *Il lavoro nella giurisprudenza*, Milão, IPSOA, ano XIV, n. 02, p. 147-151, fev. 2006.

O justificado motivo objetivo, por sua vez, abrange situações ligadas à própria empresa, à sua atividade produtiva, à organização do trabalho e ao seu funcionamento regular²⁹⁵. Trata-se de um caso em que, embora não se configure um inadimplemento por parte do obreiro, a ordem jurídica faz prevalecer as exigências técnicas e econômicas da organização da empresa sobre o interesse daquele à conservação do posto de trabalho. Para alguns juristas, abrangeria também situações relativas à esfera pessoal do trabalhador, que, embora não referentes a uma conduta culposa ou dolosa, repercutem no regular funcionamento da atividade produtiva. Seria o caso da impossibilidade superveniente da prestação do trabalho, que, em razão de sua definitividade ou da imprevisibilidade ou excesso de sua duração, é incompatível com o prosseguimento de relação empregatícia²⁹⁶.

A hipótese mais freqüente concerne à inidoneidade física superveniente do trabalhador. Firmou-se o entendimento jurisprudencial de que o patrão é obrigado a atribuir ao obreiro uma função diversa, mesmo que de qualificação inferior, compatível com o seu estado físico. Tal entendimento foi recepcionado pela Lei n. 68/99, que, em seu art. 4º, §4º, admite a dispensa apenas se for impossível utilizar o trabalhador em uma função equivalente ou inferior e assegura-lhe a mesma remuneração da sua posição anterior.

Outras hipóteses relacionam-se à perda de requisitos essenciais à execução da prestação laborativa, como o vencimento da permissão de residência na Itália (“permesso di soggiorno”) por um trabalhador extra-comunitário ou do porte de arma por um policial. Nesse caso deve ser avaliado concretamente o prejuízo ao normal desenvolvimento da atividade empresarial, em razão da duração da ausência do aludido requisito, das dimensões da empresa, das funções exercidas pelo obreiro, bem como a possibilidade de este ser utilizado em outras funções equivalentes²⁹⁷.

Menciona-se, ainda, a prisão provisória do trabalhador, a qual somente constitui um justificado motivo objetivo se, em virtude da sua previsível duração, cause problemas à organização empresarial que não possam ser superados com o restante do pessoal. Caso a dispensa ocorra pelo motivo em comento, a posterior absolvição penal confere ao empregado o direito à reintegração (art. 102 *bis* do

²⁹⁵ “A despedida por motivo justificado relaciona, antes de mais nada, com a ‘atividade de produção’ que a empresa cria, cujas variáveis exigências, do ponto de vista predominantemente econômico, podem requerer modificações no complexo do pessoal, não apenas sob o aspecto quantitativo, mas também qualitativo.” In SANSEVERINO, Luisa Riva. *Curso de direito do trabalho*. trad. Elson Guimarães Gottschalk. São Paulo: LTr, 1976. p. 361.

²⁹⁶ VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 382-383.

²⁹⁷ GALANTINO, Luisa. *Diritto del Lavoro*. p. 458-459. Ilustrativamente, a Pretura de Milão, na decisão de 06 de março de 1996, considerou justificada a dispensa no caso de revogação de uma autorização administrativa conferida ao empregado, necessária para o exercício das suas funções. MANNACIO, Giorgio. *Qualificazione del rapporto, accesso al lavoro e licenziamenti nella giurisprudenza di merito della Lombardia*. p. 1279.

Código de Processo Penal, introduzido pelo art. 24, da Lei n. 332/95), sem, todavia, gerar a obrigação de indenizar a cargo do empregador, que não cometeu nenhum ilícito contratual²⁹⁸.

Questão polêmica relaciona-se aos limites do controle judicial sobre o ato do empregador que promova a dispensa do obreiro por justificado motivo objetivo relacionado à empresa. A maioria da doutrina e da jurisprudência, com fundamento no art. 41, §1º, da Constituição, que garante a liberdade de iniciativa econômica, entende que não pode o juiz analisar o mérito do ato empresarial que culminou na dispensa (*e.g.*, robotização do processo produtivo), isto é, se o empregador deveria ou não tê-lo implementado. Caberia ao magistrado somente averiguar a real existência desse fato e o nexo de causalidade entre ele e a dispensa do trabalhador²⁹⁹.

Para confirmar que essa é a posição acolhida pela ordem jurídica, tais autores citam alguns dispositivos do recente e polêmico DL n. 276/2003, relativo à reforma do mercado de trabalho na Itália (sobre o qual falaremos adiante), que vedam o controle judicial sobre o mérito das avaliações e decisões técnicas, organizativas e produtivas das empresas, com relação à terceirização da força de trabalho (art. 27, §3º) e à pactuação de um contrato de trabalho autônomo parassubordinado (“contratto di lavoro a progetto” – art. 69, §3º)³⁰⁰.

Há, no entanto, uma posição minoritária, na doutrina e na jurisprudência, que defende o controle judicial sobre o mérito das escolhas empresariais, para averiguar se elas respeitaram a função social da atividade econômica privada, prevista no art. 41, §2º, da Constituição italiana³⁰¹.

Cabendo ao patrão o ônus probatório, ele deve comprovar, antes de tudo, a real supressão do posto de trabalho que ocupava o empregado. Pode ocorrer, no entanto, que, existindo mais de um obreiro exercendo a mesma função na empresa, apenas um ou alguns tenham que ser dispensados,

²⁹⁸ Nesse sentido, vide a decisão n. 5499 da Corte de Cassação, de 02 de maio de 2000. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

²⁹⁹ Vide PERONE, Giancarlo. *Lineamenti di diritto del lavoro*. p. 109 e PERSIANI, Mattia. *Riflessioni sulle conseguenze della cessazione dell'impresa in bonis. Il Diritto del Lavoro*, Roma, Fondazione Diritto del Lavoro L. A. Miglioranzi, ano LXXVII, n. 06, p. 579-588, nov./dez. 2003. p. 582. Vide também as decisões da Corte de Cassação n. 9310, de 09 de julho de 2001; n. 13021, de 23 de outubro de 2001; n. 14093, de 13 de novembro de 2001; n. 14896, de 23 de novembro de 2001; n. 16106, de 20 de dezembro de 2001; n. 5777, de 11 de abril de 2003; n. 5808, de 23 de março de 2004; n. 16163, de 18 de agosto de 2004; n. 21121, de 04 de novembro de 2004. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom. Vide também a decisão do Tribunal de Milão, de 04 de julho de 1997. MANNACIO, Giorgio. *Qualificazione del rapporto, accesso al lavoro e licenziamenti nella giurisprudenza di merito della Lombardia*. p. 1279.

³⁰⁰ VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 378-379.

³⁰¹ GRANDI, Mario, PERA, Giuseppe. *Commentario breve alle Leggi sul lavoro*. p. 958-959. Vide também as decisões da Corte de Cassação n. 3096, de 04 de março de 2002, e n. 10371, de 30 de julho de 2001, tendo essa última considerado injustificada a dispensa do trabalhador para liberar o seu posto ao filho do patrão, com o fim de prepará-lo à futura sucessão. Na decisão n. 12514, de 07 de julho de 2004, a mesma Corte considerou injustificada a dispensa ocasionada por um redimensionamento da atividade empresarial, com conseqüente supressão do posto de trabalho, motivada apenas para reduzir as despesas e aumentar os lucros do empregador, e não para afrontar uma situação econômica desfavorável não contingencial. Analisou-se, assim, o mérito da decisão empresarial. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

devendo, portanto, proceder-se a uma escolha. Nesse caso, o empregador deve comprovar em juízo, como elemento integrante do justificado motivo objetivo, a presença de um critério, razoável e objetivo, que orientou a sua escolha (e.g, qualificação profissional do empregado, tempo de serviço, número de dependentes, etc.)³⁰².

O empregador deve, ainda, provar a inexistência de um outro posto na empresa que pudesse ter sido ocupado pelo trabalhador despedido. Trata-se de um consagrado entendimento jurisprudencial, que considera a dispensa como “*extrema ratio*”. Essa prova, concernente a um fato negativo, pode ser feita através de fatos positivos correlatos³⁰³, como a ocupação estável de todos os demais postos de trabalho equivalentes, existentes na empresa ao tempo da dispensa³⁰⁴, ou a ausência de uma nova contratação, relativa à mesma função do obreiro, em virtude de uma necessidade já existente ou ao menos previsível no momento da dispensa. Nesse sentido, confira a decisão abaixo:

“A dispensa por justificado motivo objetivo por supressão do posto de trabalho pode ser considerada legítima apenas caso o empregador demonstre ter cumprido a obrigação de *repêchage*, tendo encontrado a absoluta impossibilidade de recolocação do trabalhador dispensado em outra posição de trabalho equivalente (...). Segundo a orientação absolutamente prevalente na jurisprudência da Corte de Cassação, compartilhada por esta Corte, o ônus da prova da impossibilidade de atribuir ao trabalhador o desenvolvimento de funções análogas àquelas desenvolvidas anteriormente e, de todo modo, de qualidade não inferior, mesmo devendo ser mantido dentro dos limites de razoabilidade, de modo que pode considerar-se desincumbido inclusive mediante o recurso a meios probatórios de natureza presuntiva e indiciária, grava exclusivamente sobre o empregador e não pode ser posto diretamente ou indiretamente a cargo do trabalhador, nem mesmo para o único fim da indicação de postos de trabalho atribuíveis (...). Deve-se ressaltar que, se o empregador encontra dificuldades em demonstrar um fato negativo, ou seja, a insubsistência de posições alternativas a serem atribuídas ao trabalhador dispensado, bem mais gravosas são as dificuldades para o trabalhador em fornecer a indicação de postos equivalentes disponíveis, na medida em que é totalmente alheio à organização empresarial. Apenas o empresário, de fato, com maior razão em uma empresa de notáveis dimensões (...) conhece toda a realidade

³⁰² Vide as decisões da Corte de Cassação n. 14663, de 21 de novembro de 2001, e n. 6667, de 09 de maio de 2002. Na decisão n. 11124, de 11 de junho de 2004, a mesma Corte afirma que a escolha do patrão entre trabalhadores em posição de plena fungibilidade não é livre, mas deve respeitar o princípio da correção (art. 1.175, do CC/42), invocando analogicamente os critérios do art. 5º, da Lei n. 223/91, aplicáveis às dispensas coletivas, como os encargos familiares e o tempo de serviço. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

³⁰³ Veja-se a decisão da Corte de Cassação n. 1790, de 20 de fevereiro de 1998. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

³⁰⁴ Com relação a uma função inferior àquela exercida pelo trabalhador, entende-se que cabe a este comprovar a sua presença na empresa e manifestar o seu desejo em ocupá-la, consoante a decisão da Corte de Cassação n. 16106, de 20 de dezembro de 2001. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

empresarial e pode, assim, evidenciar a presença ou não de posições laborativas disponíveis nas quais utilizar o trabalhador envolvido.”³⁰⁵.

No sentido da inexistência do motivo alegado pelo empregador, demonstrada pela assunção de um obreiro para exercer a mesma função daquele dispensado, confira a seguinte decisão da Corte de Cassação:

“O juiz, na verificação acerca da subsistência de um justificado motivo objetivo na dispensa, não pode voltar a sua atenção, com valoração formalística, apenas à situação empresarial existente na data da dispensa, mas, sobretudo nos casos caracterizados por aspectos de transparência e interpretação dúbias, deve estender a verificação a um arco temporal idôneo a desvelar toda eventual predeterminação de circunstâncias de fato destinadas a uma dispensa efetuada fora das hipóteses permitidas no caso de reestruturação empresarial (no caso em exame, o empregador tinha dispensado uma empregada alegando como justificativa uma crise econômica e a necessidade de reestruturar a empresa, mas da instrução tinha emergido que um mês antes e um mês depois da dispensa, ele tinha assumido três trabalhadores – mesmo que estipulando com um destes um contrato de associação em participação – atribuindo a um deles funções reconduzíveis àquelas da empregada dispensada; a Suprema Corte confirmou a decisão de mérito que tinha declarado a ilegitimidade da dispensa).”³⁰⁶.

A orientação jurisprudencial acima explicitada, acerca da configuração do justificado motivo objetivo e do ônus de prová-lo, tem por objetivo conciliar os interesses do empregador e do empregado, a liberdade de iniciativa econômica com a sua função social e o direito ao trabalho, todos garantidos em sede constitucional³⁰⁷.

4.1.2.4 Conseqüências advindas da dispensa efetuada de forma imotivada

³⁰⁵ Decisão da Corte de Apelação de Roma, de 16 de junho de 2006, A.D.C. v. Agenzia Viaggi G. S.p.A. *Argomenti di Diritto del Lavoro*, Pádua, CEDAM, ano XII, n. 01, p. 252-255, jan./fev. 2007. p. 252 e 254-255. No mesmo sentido, vide as decisões da Corte de Cassação n. 1046, de 1990; n. 4164, de 1991; n. 8254, de 1992; n. 9369, de 26 de outubro de 1996; n. 9667, de 13 de outubro de 1997; n. 13021, de 23 de outubro de 2001; n. 2810, de 2003; n. 2353, de 2003; n. 5777, de 11 de abril de 2003; n. 10554, de 03 de julho de 2003; n. 12367, de 22 de agosto de 2003; n. 10916, de 09 de junho de 2004; n. 11124, de 11 de junho de 2004; n. 14815, de 14 de julho de 2005; n. 12769, de 14 de junho de 2005. In COTTONE, Mariele. Sul licenziamento per soppressione del posto di lavoro: obbligo de “repêchage” e oneri probatori. *Argomenti di Diritto del Lavoro*, Pádua, CEDAM, ano XII, n. 01, p. 255-262, jan./fev. 2007. p. 261 e *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

³⁰⁶ Decisão da Corte de Cassação n. 2810, de 24 de fevereiro de 2003. In BUSSINO, Temistocle. Autonomia e subordinazione nelle sentenze della Cassazione. *Diritto & Pratica del Lavoro*, Milão, IPSOA, ano XXII, n. 38, p. I-XXVII, 08 out. 2005. p. XIII. Tradução nossa.

³⁰⁷ GALANTINO, Luisa. *Diritto del Lavoro*. p. 456-457.

Como vimos, com exceção dos trabalhadores excluídos expressamente pela lei, a dispensa somente poderá ser efetuada se presente uma justa causa ou um motivo justificado. Ausente essa motivação, são previstas legalmente conseqüências diversas segundo a natureza e/ou a dimensão do empregador. Destarte, de acordo com os efeitos advindos da dispensa injustificada pode-se distinguir dois regimes legais, doravante denominados regime da tutela real ou forte e regime da tutela obrigatória, em consonância com a nomenclatura utilizada pela doutrina italiana.

4.1.2.4.1 Regime da tutela obrigatória

4.1.2.4.1.1 Abrangência

O âmbito de aplicação do regime em tela é determinado pelos arts. 2º e 4º, §1º, da Lei n. 108/90. Abrange os empregadores que ocupam até 15 trabalhadores, na unidade produtiva onde laborava o obreiro dispensado, ou no âmbito do município (“comune”)³⁰⁸ em que essa se situa, desde que o número total de obreiros não seja superior a 60. Inclui também os empresários agrícolas que possuam até 5 empregados, na unidade produtiva em que trabalhava o obreiro despedido, ou no âmbito do município em que esta se localiza, desde que o número total de empregados não seja superior a 60³⁰⁹.

Por fim, restam abrangidos os empregadores não empresários que desenvolvam atividades de natureza política, sindical, cultural, educativa ou religiosa (doravante denominados “organizações de tendência”, em conformidade com a designação conferida pela doutrina italiana), independentemente do número de trabalhadores que possuam.

³⁰⁸ O território italiano encontra-se dividido, do ponto de vista geopolítico, em 20 regiões, que, por sua vez, subdividem-se em 108 províncias, as quais corresponderiam aos Estados brasileiros. Cada província é formada por unidades denominadas “comune”, o qual se compara ao município brasileiro. Disponível em: <http://www.imigrantesitalianos.com.br/Provincias_Italianas.html> Acesso em: 18 mar. 2008.

³⁰⁹ O Direito italiano confere um tratamento diverso conforme o empregador seja ou não um “imprenditore”. Este é definido pelo art. 2.082, do CC/42, como “aquele que exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada para o fim da produção ou da troca de bens ou de serviços”. Consoante o entendimento da jurisprudência, o exercício dessa atividade deve ter como fim o lucro, isto é, a geração de um proveito econômico como contrapartida ao risco de empresa. Tal conceito corresponde à noção de empresário, trazida pelo Código Civil brasileiro de 2002 (art. 966), abrangendo, portanto, aqueles que exercem atividade econômica, de forma profissional, organizada e com fim lucrativo.

Ressalta-se que, em razão da dimensão de grande parte dos empregadores italianos, na prática o regime da tutela obrigatória é o que se aplica à generalidade dos casos³¹⁰.

4.1.2.4.1.2 Efeitos legais da dispensa imotivada

Os empregadores acima mencionados, na hipótese de dispensarem um obreiro sem uma justa causa ou um motivo justificado, e sendo a ausência de motivação reconhecida extrajudicialmente (em sede de conciliação ou arbitragem) ou na esfera judicial, passam a ter uma obrigação alternativa. Consoante o art. 8º, da Lei n. 604/66, podem optar em readmitir o empregado ou pagar-lhe uma indenização, fixada entre 2,5 e 6 vezes o valor da sua última remuneração³¹¹. Os critérios para a determinação desse valor são o número de trabalhadores da empresa, as dimensões desta, o tempo de serviço do obreiro, o comportamento e as condições das partes. Se o empregador possuir mais de 15 empregados, o limite máximo pode chegar a 10 vezes o valor da última remuneração, se o obreiro tem mais de 10 anos de serviço, e até 14 vezes, se mais de 20 anos³¹².

Em razão de a indenização em tela ser uma sanção pecuniária, cujo valor é pré-estabelecido pela lei, o trabalhador é exonerado da prova de um dano efetivo³¹³. Ela é devida tanto na hipótese de o empregador não optar pela readmissão, quanto no caso de esta ser recusada pelo obreiro³¹⁴.

Dessa forma, não ocorre a invalidação da dispensa, pois que, a seu critério, o empregador pode readmitir o empregado ou pagar-lhe uma indenização. A dispensa imotivada, apesar de ilícita - implicando, assim, conseqüências sancionatórias ao empregador -, não é qualificada pela lei como inválida. Percebe-se, portanto, que o regime em tela não retira do patrão o poder de extinguir unilateralmente o contrato de trabalho.

³¹⁰ Vide VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 418 e GHERA, Edoardo. *Diritto del lavoro*. p. 163, o qual afirma que o regime em tela é “formalmente residual, mas socialmente prevalente na medida em que compreende o mundo da pequena empresa.”. Tradução nossa.

³¹¹ Nota-se que, no caso dos dirigentes, quando prevista pelo contrato coletivo aplicável a indenização suplementar, devida pela dispensa imotivada, o seu “quantum” varia, em geral, de um mínimo de 10 a um máximo de 30 vezes o valor da remuneração do obreiro, propiciando, assim, uma proteção mais consistente do que a tutela obrigatória prevista em lei. In VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 422.

³¹² Há entendimento jurisprudencial de que a lei, ao determinar o valor dessa indenização, o faz “à forfait”, ou seja, o pré-estabelece, de modo que eventual dano superior sofrido pelo obreiro resta absorvido. Nesse sentido, vide as decisões da Corte de Cassação n. 208, de 18 de fevereiro de 1980 e n. 5715, de 23 de setembro de 1986. *Repertorio del Foro Italiano*, ano de 1986, Roma, Il Foro Italiano, 1987. p. 2373.

³¹³ Na decisão n. 1030, de 12 de abril de 1974, a Corte de Cassação julgou irrelevante a prova efetuada pelo patrão de ter o trabalhador sofrido um dano inferior ao valor da indenização. In VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 419.

³¹⁴ Confirma-se a decisão da Corte de Cassação n. 6620, de 12 de junho de 1995. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

Cumpra-se notar que a readmissão é diversa da reintegração, prevista pelo regime de tutela forte, que será abaixo explicitado. Enquanto que nesta a relação de emprego é mantida intacta, com a percepção da remuneração correspondente pelo obreiro, naquela ocorre a constituição de um novo contrato de trabalho. Na prática, no entanto, observa-se que o patrão invariavelmente opta pelo pagamento da indenização³¹⁵.

Segundo o art. 5º da Lei n. 108/90, o empregado, antes de recorrer ao aparato judicial, é obrigado a se submeter a uma tentativa de conciliação, em sede administrativa ou sindical³¹⁶. Em razão do valor relativamente baixo da indenização em comento, na prática observa-se que as conciliações extrajudiciais são bastante frequentes³¹⁷. Uma vez frustrada a conciliação, as partes têm a faculdade de recorrer à arbitragem, podendo, entretanto, dirigir-se diretamente ao Poder Judiciário (art. 5º, §6º, da Lei n. 108/90).

No âmbito do regime da tutela real, não havia a aludida exigência da tentativa de conciliação. Isso foi alterado pela reforma introduzida pelo DL n. 80/98 (sucessivamente modificado pelo DL n. 387/98), que, ao alterar o art. 410 do Código de Processo Civil (CPC), estendeu a exigência em tela a todas as causas trabalhistas, independentemente de seu valor³¹⁸. Essa alteração, todavia, não teve o sucesso esperado pelos seus fautores, no que tange ao número de conciliações extrajudiciais obtidas³¹⁹.

4.1.2.4.2 Regime da tutela real ou forte

4.1.2.4.2.1 Abrangência

O âmbito de aplicação do regime em tela é determinado pelo art. 18, da Lei n. 300/70, conhecida como Estatuto dos Trabalhadores (ET), com a nova redação conferida pela Lei n. 108/90. Abrange os empresários que, na unidade produtiva em que ocorreu a dispensa ou no âmbito do município em que esta se situa, ocupem mais de 15 empregados ou mais de 5 obreiros, caso se trate de

³¹⁵ PERONE, Giancarlo. *Lineamenti di diritto del lavoro*. p. 110.

³¹⁶ A tentativa obrigatória de conciliação, condição da ação do processo judicial, foi julgada constitucionalmente válida pela Corte Constitucional, na decisão n. 82, de 04 de março de 1992. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it/>>. Acesso em 16 dez. 2007.

³¹⁷ VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 421.

³¹⁸ A Corte Constitucional, através da decisão n. 276, de 13 de julho de 2000, reafirmou a legitimidade constitucional da tentativa obrigatória de conciliação, frente a uma suposta violação ao art. 24 da Carta Magna italiana, o qual prevê que “todos podem agir em juízo para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos.”. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it/>>. Acesso em 16 dez. 2007.

³¹⁹ VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 421.

um empresário agrícola. São também abrangidos os empresários, inclusive os agrícolas, que possuam, no total, mais de 60 empregados.

Incluem-se ainda os empregadores não empresários que ocupem mais de 15 empregados no âmbito da unidade produtiva em que ocorreu a dispensa ou no âmbito do município em que esta se localiza, ou que possuam, no total, mais de 60 empregados³²⁰. Desse último grupo são excluídas as organizações de tendência, as quais são submetidas ao regime da tutela obrigatória, como vimos³²¹. A razão dessa exclusão consiste no apoio ao desenvolvimento de tais atividades de interesse social, fazendo-o prevalecer sobre o interesse do trabalhador em obter a reintegração.

Importa notar que, nos termos da lei, para que se opere a exclusão da tutela real, é necessária a presença concomitante de dois requisitos: ter por objeto uma atividade eminentemente ideológica (de natureza política, sindical, cultural, de instrução, de religião ou de culto)³²² e não possuir natureza empresarial (finalidade lucrativa)³²³.

A unidade produtiva, nos termos do art. 18, §1º, do ET, compreende a sede, um estabelecimento, uma filial, um escritório ou uma repartição autônoma do empregador. Pode ser conceituada como “uma articulação organizativa idônea a alcançar, mesmo que parcialmente, com autonomia administrativa e funcional, o objeto social do empregador”³²⁴.

A lei, ao definir a dimensão do empregador, menciona expressamente “empregados” (“dipendenti” – art. 18, §1º, do ET), excluindo do cômputo as relações de trabalho não empregatícias

³²⁰ Observa-se que, antes da Lei n. 108/90, a tutela real aplicava-se apenas aos empregadores empresários.

³²¹ No sentido da constitucionalidade dessa exclusão, vide as decisões da Corte de Cassação n. 12349, de 09 de outubro de 2001, e n. 26, de 07 de janeiro de 2003. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

³²² Pasquale Sandulli afirma que o elenco legal das seis atividades ditas de tendência é taxativo, de modo que se criam sérios problemas interpretativos acerca do significado de cada uma delas, pois que disso depende a aplicação ou não da tutela real. SANDULLI, Pasquale, VALLEBONA, Antonio, PISANI, Carlo. *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*. p. 27. Todavia, a Corte de Cassação, na decisão n. 2912, de 16 de fevereiro de 2004, considerou como não taxativo o referido elenco, definindo como organização de tendência “qualquer atividade prevalentemente ideológica desde que ausente uma estrutura empresarial.”. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

³²³ A necessidade da ausência de uma atividade empresarial e do fim lucrativo foi reafirmada em diversas decisões da Corte de Cassação, como as de n. 12926, de 22 de novembro de 1999, e n. 9396, de 11 de julho de 2001, a qual afirmou estar submetida à tutela real a associação sindical de empregadores que prestava serviços a terceiros, diversos de seus inscritos. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

³²⁴ VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 446. Tradução nossa. A Corte de Cassação, na decisão n. 19837, de 04 de outubro de 2004, adotou um conceito restritivo de unidade produtiva, afirmando que esta não é “toda sede, estabelecimento, filial, escritório ou repartição da empresa, mas apenas a mais consistente e vasta entidade empresarial que, eventualmente articulada em organismos menores, mesmo que não localizados todos no território do mesmo município, caracterize-se por condições empresariais de independência técnica e administrativa tais que nela seja inteiramente exaurido o ciclo relativo a uma fração ou a um momento essencial da atividade produtiva empresarial; disso resulta que se deve excluir a configuração de uma unidade produtiva em relação às articulações empresariais que, embora dotadas de uma certa autonomia administrativa, sejam destinadas a fins inteiramente instrumentais ou a funções auxiliares, relativamente a uma fração da atividade produtiva da mesma.”. *Repertorio del Foro Italiano*, ano de 2004. p. 1545. Tradução nossa.

(trabalhadores autônomos, parassubordinados, sócios de cooperativas, etc.). O complexo de pessoal a ser considerado é aquele normal, constante no tempo, sendo irrelevantes variações transitórias³²⁵. No cálculo do número de empregados são incluídos os contratados a tempo parcial (se o contrato for por tempo indeterminado), pela quota de horário por eles cumprida, em relação à jornada padrão, determinada pelo contrato coletivo aplicável, e aqueles contratados a título de “formação e trabalho”³²⁶. Não se incluem o cônjuge e os parentes do empregador, até o segundo grau, em linhas reta e colateral (art. 18, §2º, do ET, com a redação dada pelo art. 1º, da Lei n. 108/90).

Um caso particular refere-se aos aprendizes. No curso do contrato, que é por tempo determinado, eles não podem ser dispensados imotivadamente, mas, ao final, o empregador não precisa justificar a decisão de não contratá-los definitivamente, como afirmou a Corte Constitucional, na decisão n. 169, de 28 de novembro de 1973. Com relação ao seu cômputo para os fins acima mencionados, ele foi excluído pela Lei n. 56/87, em seu art. 21, §7º, dispositivo reiterado pelo art. 53, §2º, do DL n. 276/2003. Tal exclusão foi considerada legítima pela mesma Corte (decisão n. 181, de 12 de abril de 1989), ao menos enquanto perdurar a razão que a motivou, qual seja, as altas taxas de desemprego entre os jovens³²⁷.

O DL n. 276/2003 cuidou de excluir expressamente do cômputo em comento os trabalhadores contratados a título de inserção (“contratto di inserimento” – art. 59, §2º)³²⁸ e, na hipótese de terceirização (art. 22, §5º), os obreiros não são computados no orgânico da empresa tomadora dos seus serviços. No caso do contrato dito intermitente, em que a prestação laborativa desenvolve-se de forma descontínua, ao longo de dado lapso temporal, o trabalhador é computado em proporção ao horário efetivamente cumprido no período de cada semestre (art. 39).

Questão controversa é acerca do ônus probatório quanto à dimensão do empregador, para legitimar a aplicação da tutela real. Para alguns, pende sobre o empregado³²⁹, enquanto que para outros,

³²⁵ A Corte de Cassação, na decisão n. 6421, de 08 de maio de 2001, considerou como instável a redução de pessoal ocorrida imediatamente antes da dispensa. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

³²⁶ Trata-se de um tipo especial de contrato de emprego, que visa inserir os jovens no mercado de trabalho e contribuir para a sua formação profissional.

³²⁷ VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 447.

³²⁸ Esse contrato é por tempo determinado e propicia o pagamento de uma remuneração inferior a um contrato de emprego equivalente. Foi idealizado dentro da lógica de reforma do mercado de trabalho e combate ao desemprego do DL n. 276/2003, visando inserir ou reinserir no mercado certas categorias de trabalhadores que, em tese, enfrentam maior dificuldade (e.g., desempregados com mais de 50 anos de idade), mas, ao prever hipóteses amplas (v.g., obreiro desempregado há mais de 2 anos), acaba por abranger muitos casos.

³²⁹ Vide as decisões da Corte de Cassação n. 12492, de 10 de novembro de 1999; n. 13854, de 10 de dezembro de 1999; e n. 6421, de 08 de maio de 2001. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom. Vide também a decisão do Tribunal de Milão, de 04 de outubro de 1997. In MANNACIO, Giorgio. *Qualificazione del rapporto, accesso al lavoro e licenziamenti nella giurisprudenza di merito della Lombardia*. p. 1279. Tais decisões acolhem o entendimento de que, sendo a tutela

sobre o empregador³³⁰. De todo modo, uma vez comprovado que a dimensão empresarial enquadra-se no âmbito da tutela forte, cabe ao empregador demonstrar eventuais situações modificativas, como o fato de ser uma organização de tendência³³¹.

Há de se ressaltar que o critério escolhido pelo legislador italiano, baseado no número de empregados, é criticado pela doutrina, em virtude de não considerar a capacidade e a solidez econômicas da empresa³³².

4.1.2.4.2.2 Empregados públicos

No caso dos servidores públicos, a tipificação, tradicionalmente feita pela lei, das causas de extinção da relação de trabalho, excluía por definição a possibilidade da dispensa “ad nutum”. Tal estabilidade foi mantida com a privatização dessa relação, efetuada pela Lei n. 421, de 23 de outubro de 1992, que passou a ser regulada pelo Direito do Trabalho, e não mais pelo Direito Administrativo, com a resolução das respectivas controvérsias pelo juiz do trabalho, e não mais pelo juiz administrativo³³³. Com efeito, o DL n. 165, de 30 de março de 2001, que atualmente disciplina a matéria, em seu art. 51, §2º, ordena a aplicação do art. 18, do ET, a toda a Administração Pública, independentemente do número de empregados. Eis uma grande diferença em relação ao setor privado, onde o regime da tutela real não abrange os empregadores de menor dimensão, como vimos.

Nota-se que existem relações de trabalho com a Administração Pública que não foram privatizadas, como aquelas previstas pelo art. 3º do DL n. 165/2001 (v.g., juízes, membros do Ministério Público, das Forças Armadas, professores universitários), às quais continua a se aplicar a tradicional estabilidade, regulada pelo Direito Administrativo.

4.1.2.4.2.3 Efeitos legais da dispensa imotivada

obrigatória a regra geral, cabe ao interessado que invoca a tutela real (ou seja, o obreiro) provar os pressupostos de sua aplicação.

³³⁰ No sentido de caber ao empregador a prova de uma dimensão tal a excluir a aplicação da tutela real, vide as decisões da Corte de Cassação n. 613, de 22 de janeiro de 1999, e n. 7227, de 17 de maio de 2002. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

³³¹ Vide SANDULLI, Pasquale, VALLEBONA, Antonio, PISANI, Carlo. *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*. p. 27 e VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 444.

³³² GALANTINO, Luisa. *Diritto del Lavoro*. p. 469-470.

³³³ Cumpre ressaltar que na Itália, ao contrário do Brasil, não existe uma Justiça do Trabalho especializada, mas há juízes, pertencentes à Justiça Comum, com a competência específica de julgar os litígios trabalhistas (aqui referidos como juízes do trabalho).

O empregador que se enquadre nas hipóteses acima aludidas, no caso de ser reconhecida a dispensa imotivada, é condenado a reintegrar o trabalhador. Ao contrário do regime da tutela obrigatória, a dispensa é nula, não produzindo qualquer efeito, mantendo-se em vigor, portanto, a relação empregatícia. O patrão é também condenado a indenizar os prejuízos sofridos pelo empregado, no valor de toda a remuneração devida desde a data da dispensa até o momento da efetiva reintegração, que, de todo modo, não pode ser inferior a cinco vezes a remuneração mensal do obreiro. Além disso, deve também pagar as contribuições assistenciais e previdenciárias relativas ao mesmo período.

Conforme ressaltado por parte da doutrina e da jurisprudência, o dever de o empregador pagar as remunerações ao trabalhador, desde a data da dispensa até a efetiva reintegração, consiste em uma “sanção pecuniária que tem por fim exercer uma pressão para induzir ao cumprimento de uma obrigação de fazer que o empregador é livre de não cumprir, suportando as suas conseqüências.”³³⁴.

Ao comentar uma decisão da Corte de Cassação que adotou esse entendimento, ANDREA PROTO PISANI observa que “no entender da Corte, a sujeição do empregador à obrigação de pagar a remuneração teria a função de uma medida coercitiva, de uma forma de execução processual indireta, tendo como finalidade exercer uma pressão psicológica sobre a vontade do empregador para que cumpra espontaneamente a obrigação de reintegrar o empregado no posto de trabalho”³³⁵.

O autor concorda com esse entendimento, destacando “a importância da técnica das medidas coercitivas para o fim de garantir a atuação das decisões de condenação que têm como objeto obrigações infungíveis (ou dificilmente executáveis na forma da execução forçada) e/ou cumprimento de obrigações de não fazer ou de fazer de caráter continuado”³³⁶.

A tutela real, portanto, representa um salto qualitativo na noção de justificação da dispensa, que deixa de ser um limite apenas econômico (e, assim, indireto) – como ocorre de fato na tutela

³³⁴ Decisão da Pretura de Milão, de 03 de março de 1971, Mereghetti v. S.p.A. Gelati Sanson. *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*. p. 176.

³³⁵ Trata-se da decisão da Corte de Cassação n. 262, de 20 de janeiro de 1978. Lodi v. Lanificio Menichetti. *Il Foro Italiano*, Roma, *Il Foro Italiano*, ano de 1978, parte I, p. 1486-1497, 1979. p. 1486. Vide PISANI, Andrea Proto. Osservazioni sull’attuazione della condanna del datore di lavoro a reintegrare nel posto di lavoro il lavoratore illegittimamente licenziato. *Il Foro Italiano*, Roma, *Il Foro Italiano*, ano de 1978, parte I, p. 1487-1493, 1979. p. 1487. Em sede doutrinária, esse entendimento é defendido, entre outros, por Pasquale Sandulli: SANDULLI, Pasquale. Reintegrazione nel posto di lavoro. *Commentario dello statuto dei lavoratori*. v. 1. coord. Ubaldo Prosperetti. Milão: Giuffrè, 1975. p. 563. Mario Grandi afirma que a previsão da reintegração pelo ET representou, na época, “o logro do princípio, consagradíssimo nas doutrinas civilista e processualista civil, da incoercibilidade da cooperação do credor nas obrigações de fazer, com a previsão de apropriadas modalidades sancionatórias indiretas dirigidas à realização do dever repristinatório da prestação laborativa.”. GRANDI, Mario. Licenziamento e reintegrazione. p. 26. Tradução nossa.

³³⁶ PISANI, Andrea Proto. Osservazioni sull’attuazione della condanna del datore di lavoro a reintegrare nel posto di lavoro il lavoratore illegittimamente licenziato. p. 1487.

obrigatória – e torna-se um elemento da estrutura do ato, e, nesse sentido, uma condição de validade do mesmo³³⁷.

Registra-se a existência de divergência com relação ao valor da citada indenização. Para alguns, tratar-se-ia de sanção pecuniária de caráter forfetário, isto é, pré-determinada em lei, independente do prejuízo efetivamente sofrido pelo empregado. Ressalta-se que tal valor, sobretudo a parte relativa ao período entre a sentença condenatória e a efetiva reintegração, exerceria uma dúplice função: ressarcir o trabalhador e compelir o empregador ao cumprimento espontâneo da decisão. Por tal razão, a sua quantia é pré-fixada em lei, sendo uma exceção à regra-geral (art. 1223, do CC/42), segundo a qual o ressarcimento deve corresponder aos danos sofridos e aos lucros cessantes do credor³³⁸.

Para outros, no entanto, o dispositivo encerra uma presunção “iuris tantum”³³⁹, de modo que o seu valor pode ser aumentado, se o obreiro comprova um prejuízo maior³⁴⁰, ou reduzido, se o empregador demonstra que o dano foi menor, sendo garantido, em todo caso, o referido mínimo de 5 mensalidades³⁴¹.

Entre aqueles que seguem a segunda corrente acima aludida, há ainda a divergência se o valor da indenização poderia ser reduzido apenas no que tange à quantia efetivamente recebida pelo trabalhador, usando o tempo livre propiciado pela dispensa (e.g., em outra relação de emprego), denominado “aliunde perceptum”³⁴², ou se também poderia descontar-se o “aliunde percipiendum”³⁴³. Nos termos do art. 1.227, §2º, do CC/42, este corresponde ao dano que o trabalhador poderia ter

³³⁷ GRANDI, Mario. Licenziamento e reintegrazione. p. 08.

³³⁸ GHERA, Edoardo. *Diritto del lavoro*. p. 161. Nesse sentido, podemos citar a decisão do Tribunal de Milão, de 26 de fevereiro de 1994, segundo a qual não é possível reduzir a indenização em tela em virtude de um suposto “aliunde perceptum”. In MANNACIO, Giorgio. Qualificazione del rapporto, accesso al lavoro e licenziamenti nella giurisprudenza di merito della Lombardia. p. 1279.

³³⁹ Vide as decisões da Corte de Cassação n. 8621, de 23 de junho de 2001, e n. 10260, de 15 de julho de 2002. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

³⁴⁰ Vide a decisão da Corte de Cassação n. 10203, de 13 de julho de 2002, que reconheceu um dano maior sofrido pelo obreiro em sua imagem e condição profissional. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

³⁴¹ A Corte de Cassação, na decisão n. 12102, de 1º de julho de 2004, reafirmou que o valor de 5 remunerações, sendo uma penalidade à ilegitimidade da dispensa, é devido sempre (presunção “iuris et de iure”), mesmo que a relação de emprego tenha sido interrompida por um período inferior a 5 meses. *Repertorio del Foro Italiano*, ano 2004. p. 1546.

³⁴² Vide as decisões da Corte de Cassação n. 5.562, de 08 de junho de 1999, e n. 8893, de 04 de junho de 2003. A mesma Corte, na decisão n. 14505, de 29 de setembro de 2003, excluiu a possibilidade de se descontar, a título de “aliunde perceptum”, o valor dos proventos de aposentadoria recebidos pelo obreiro. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

³⁴³ Edoardo Ales afirma que a jurisprudência da Corte de Cassação vem se mostrando propensa à tese do desconto do “aliunde perceptum” e do “aliunde percipiendum”. In ALES, Edoardo. La reintegrazione trent’anni dopo: un nuovo caso di archeologia giuridica. *Il Diritto del Lavoro*, Roma, Fondazione Diritto del Lavoro L. A. Miglioranzi, ano LXXIV, p. 20-42, jan./abr. 2000. p. 40-41. Alleva critica o “amplíssimo reconhecimento que a jurisprudência deu à possibilidade de desconto do aliunde perceptum e do aliunde percipiendum”, o que significa “tornar vã e abandonar concretamente a precedente vitória judiciária” da interpretação em sentido contrário. ALLEVA, Piergiorgio. I “referendum sociali” e il rapporto di lavoro. *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma, EDIESSE, ano LI, n. 01, p. 03-23, jan./mar. 2000. p. 08. Tradução nossa.

evitado usando a sua diligência ordinária (v.g., encontrando um outro emprego), o que é avaliado com base na sua qualificação profissional e nas condições do mercado de trabalho³⁴⁴.

Posicionando-se contrariamente ao desconto do “aliunde percipiendum”, EDOARDO ALES afirma que a corrente que o defende deve, no mínimo, considerar apenas o possível exercício de atividade de igual ou superior conteúdo profissional e econômico para o empregado. Com efeito, este não pode ser compelido a aceitar qualquer oportunidade de trabalho, até mesmo a mais ínfima e desqualificada, que poderia ser oferecida, por exemplo, pelo próprio ex-empregador, como forma de reduzir o dano a ser ressarcido ao obreiro, tornando letra morta o art. 2.103, CC/42, que proíbe o rebaixamento do empregado³⁴⁵.

Importa observar que o art. 18, do ET, antes da alteração efetuada pela Lei n. 108/90, distinguia claramente dois períodos. Para o primeiro, compreendido entre a dispensa imotivada e a sentença que condenava à reintegração, previa o ressarcimento dos danos sofridos pelo obreiro, razão pela qual muitos defendiam a possibilidade de se efetuar os descontos acima aludidos. Para o segundo período, que se estendia da citada sentença à efetiva reintegração, ordenava o pagamento das retribuições, de cujo montante não poderiam ser descontados tais valores³⁴⁶.

Outra discussão envolve os valores pagos pelo patrão ao empregado, em virtude de decisão judicial que é posteriormente reformada. Enquanto alguns sustentam que o obreiro deve devolver essas quantias³⁴⁷, outros defendem que elas não devem ser restituídas³⁴⁸.

A Lei n. 180/90 introduziu uma faculdade em benefício do trabalhador: sem prejuízo da indenização acima aludida, ele pode requerer a substituição da reintegração pelo pagamento de uma indenização equivalente a quinze vezes o valor de sua remuneração mensal. O obreiro tem o prazo de 30 dias para retornar ao serviço, contado do recebimento do convite pelo patrão, e o mesmo prazo, contado da intimação da sentença judicial, para requerer essa substituição (art. 18, §5º, do ET). Caso

³⁴⁴ Nesse sentido, vide as decisões da Corte de Cassação n. 4782, de 02 de outubro de 1985, e n. 12498, de 23 de novembro de 1992. Em sentido contrário, excluindo qualquer ônus a cargo do empregado de procurar outro trabalho, veja-se a decisão da mesma Corte n. 11786, de 06 de agosto de 2002. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

³⁴⁵ ALES, Edoardo. *La reintegrazione trent'anni dopo*. p. 36-37.

³⁴⁶ Vide a decisão da Corte de Cassação n. 4.533, de 11 de julho de 1981. In VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 436.

³⁴⁷ Nesse sentido, vide as decisões n. 8263, de 17 de junho de 2000, e n. 4.943, de 1º de abril de 2003, ambas da Corte de Cassação, e do Tribunal de Florença, de 28 de fevereiro de 1992. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

³⁴⁸ Edoardo Ales defende que, constituindo uma espécie de “astreinte”, isto é, uma medida de coerção indireta, para compelir o patrão a cumprir a sentença condenatória, os valores pagos não devem ser restituídos. O autor acrescenta que o entendimento contrário estimula ao não cumprimento da sentença, vez que, caso o empregador reintegre o obreiro e receba a sua prestação, a sua eventual vitória ao final do processo não lhe possibilitará a devolução das quantias pagas. ALES, Edoardo. *La reintegrazione trent'anni dopo*. p. 39. No mesmo sentido, vide as decisões n. 4881, de 14 de maio de 1998, e n. 13854, de 10 de dezembro de 1999, ambas da Corte de Cassação, e do Tribunal de Florença, de 08 de julho de 1992. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

não proceda a nenhuma dessas opções, nos mencionados prazos, considera-se extinto o seu contrato de trabalho.

Observa-se que a cumulação das duas indenizações supra mencionadas é assegurada expressamente pelo legislador no art. 18, §5º, do ET, tendo sido considerada legítima pela Corte Constitucional, isto é, em plena conformidade com os arts. 3º, 24 e 41, da Constituição, vez que cumprem funções distintas³⁴⁹.

Ressalta-se que a autonomia coletiva pode estabelecer como conseqüência para a dispensa imotivada uma tutela de tipo real, ou seja, reintegratória, no caso de relações de emprego a que a lei não confere tal proteção, como admitido pela doutrina e jurisprudência³⁵⁰.

A reintegração pode ser obtida liminarmente pelo empregado, isto é, antes da sentença, com base no art. 700, do CPC (denominado “procedimento cautelar de urgência”). Para tanto, devem estar presentes o “periculum in mora” (em geral, de natureza obviamente alimentar) e o “fumus boni iuris” (aparência de ilegitimidade da dispensa, constatada em uma cognição sumária). De todo modo, a sentença condenatória, pendente de recurso, pode ser executada provisoriamente pelo empregado.

A aludida tutela é maior no caso de o trabalhador dispensado imotivadamente ser dirigente da representação sindical obreira na empresa e ingressar em juízo em litisconsórcio ativo com o sindicato (art. 18, §§7º a 10, do ET). Para a concessão da tutela liminar, a lei exige apenas a “irrelevância ou insuficiência dos elementos de prova fornecidos pelo empregador”, não sendo necessária a demonstração do “periculum in mora”. Essa norma visa à proteção do interesse sindical à permanência na empresa do seu representante, dispensado de forma ilegítima. Nessa hipótese a não obediência à decisão liminar, ou à própria sentença que determine a reintegração, acarreta ao empregador a obrigação de pagar uma multa diária, no valor da remuneração devida ao trabalhador, em favor de um Fundo previdenciário³⁵¹.

³⁴⁹ Vide as decisões da Corte Constitucional n. 426, de 09 de novembro de 1992, e n. 291, de 22 de julho de 1996, e as decisões da Corte de Cassação n. 8263, de 17 de junho de 2000, e n. 15366, de 30 de outubro de 2002. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

³⁵⁰ VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 440-441.

³⁵¹ Trata-se de “uma aplicação do sistema de coerção indireta, de origem francesa, das denominadas *astreintes*; e uma prova de um certo envelhecimento do arsenal de instrumentos jurídicos a disposição do legislador, o que é confirmado também pelo uso, que se encontra previsto no art. 28 do Estatuto (...) da sanção penal em função aflagrada pela inobservância da ordem do juiz (é a figura jurídica anglo-saxã do *contempt of court*).” In GHEZZI, Giorgio. I licenziamenti dalla “penale” alla “reintegra” dei lavoratori. p. 310. Tradução nossa. Aldo Aranguren observa que “a *astreinte*, instituto de formação jurisprudencial, consiste em uma pena pecuniária pronunciada na forma de um dado valor por cada dia de atraso e destinada a induzir o devedor à execução de uma obrigação através de uma pena considerável, suscetível de agravar-se de modo indefinido”. Já no Direito anglo-saxão, “a situação compulsória das obrigações de fazer e de não fazer é ligada ao instituto do *contempt of court*. O cumprimento específico da obrigação de fazer (*specific performance*) é obtido através da

Cumpra notar que, na realidade concreta, é elevado o número de reintegrações obtidas espontaneamente³⁵². Uma das razões principais desse cumprimento voluntário é o fato de o empregador se encontrar, na maioria dos casos, em uma situação de incerteza quanto ao desenrolar futuro da questão. Como nota PIERGIOVANNI ALLEVA, o patrão, em muitos casos, prefere não correr riscos, optando pela reintegração. De fato, do mesmo modo que pode haver o “trabalhador que aspira a uma reintegração apenas formal, para depois se demitir”, pode haver também aquele capaz de criar-lhe “uma série de problemas, como, por exemplo, exigir um ressarcimento pela lesão da figura profissional sofrida por causa da ausência da reintegração”. Desse modo, “as empresas, ao menos aquelas grandes, são mais propensas a efetivar a reintegração do que deixar o trabalhador inativo.”³⁵³.

Questão de grande discussão doutrinária e jurisprudencial é aquela relativa às conseqüências advindas do não cumprimento espontâneo pelo empregador da decisão que ordena a reintegração. Uma primeira corrente, seguida por parte da doutrina³⁵⁴ e pela jurisprudência majoritária da Suprema Corte³⁵⁵, defende que, em se tratando de uma obrigação de fazer infungível, não é suscetível de execução forçada (“*nemo ad factum praecise cogi potest*”). Todavia, não faltam vozes em sentido contrário, como a de GINO GIUGNI, que afirma que esse princípio da incoercibilidade das prestações de fazer “não tem em si nada de absoluto”³⁵⁶. Ilustrativamente, na época do regime fascista, havia contratos coletivos que previam a reintegração do dirigente sindical dispensado sem a autorização dos órgãos administrativos competentes. Nessa hipótese, considerava-se inaplicável o princípio em tela, como revela a decisão abaixo

“O principio *nemo ad factum cogi potest* não encontra aplicação quando, como na matéria em objeto, aos interesses privados das partes se conecta o interesse público ao controle das dispensas, e o contrato coletivo convalidado pela lei impõe a obrigação da readmissão em serviço; é legítima, portanto, a ordem por parte do

condenação do devedor, cuja inobservância configura um atentado ao prestígio e à função do juiz.”. In ARANGUREN, Aldo. La reintegrazione nel posto di lavoro. p. 527-528. Tradução nossa.

³⁵² NAPOLI, Mario. *Questioni di diritto del lavoro (1992-1996)*. Turim: G. Giappichelli, 1996. p. 203.

³⁵³ ALLEVA, Piergiovanni. Intervento. Il post referendum dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori (Tavola rotonda). *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma, EDIESSE, ano L, n. 02, p. 407-410, abr./jun. 1999. p. 407-408.

³⁵⁴ Confirma-se VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 425 e GHERA, Edoardo. *Diritto del lavoro*. p. 161. Aldo Aranguren observa que “é evidente que, tratando-se de uma típica obrigação de fazer, não se pode não recordar o princípio do *nemo ad factum potest* e, logo, da incoercibilidade da obrigação de reintegração.”. ARANGUREN, Aldo. La reintegrazione nel posto di lavoro. p. 524. Tradução nossa.

³⁵⁵ Nesse sentido, vide as decisões da Corte de Cassação n. 2925, de 13 de abril de 1988; n. 1205, de 19 de fevereiro de 1990; n. 9.125, de 04 de setembro de 1990; e a decisão do Tribunal de Veneza, de 12 de março de 2002. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

³⁵⁶ GIUGNI, Gino. Iniziativa legislativa ed esperienza sindacale in tema di licenziamento. *Rivista Giuridica del Lavoro*, Roma, Edizioni Giuridiche del Lavoro, parte I, 1966. p. 128.

juiz de readmitir em serviço o dirigente sindical para cuja dispensa tenha sido negado o *nulla osta* por parte do conselho provincial das corporações.”³⁵⁷.

Todavia, mesmo que o empregador não proceda à reintegração, a relação de trabalho permanece em vigor - com o direito para o empregado de receber as remunerações - até que venha a ser extinta por alguma razão (v.g., pedido de demissão, aposentadoria). O empregador permanece vinculado também ao pagamento das contribuições assistenciais e previdenciárias, o que confirma a continuidade da relação empregatícia.

O entendimento acima exposto conduz a que, na prática, o sistema da reintegração garanta apenas a continuidade jurídica da relação de emprego, mas não a material, vez que, face à recusa do empregador em efetuar a reintegração, o obreiro resta afastado do seu posto de trabalho. Isso vai de encontro ao verdadeiro escopo do art. 18, do ET, que é o de promover a efetiva reintegração, não apenas pelo interesse do trabalhador, mas também pelo interesse social. No plano individual, temos que o trabalho não é apenas a fonte de subsistência, mas também de realização pessoal no seio da sociedade, podendo-se falar de um verdadeiro direito do trabalhador de efetivar a sua prestação (art. 4º, da Constituição)³⁵⁸.

Por outro lado, o empregador, ao organizar a sua atividade, tem a liberdade de ordenar os fatores produtivos, entre eles o número de postos de trabalho que serão abertos. Mas, no momento em que ele decide abrir um dado posto e contratar uma pessoa para ocupá-lo, torna-se interesse da própria ordem jurídica que este seja mantido, como política de combate ao desemprego. Assim, face à dispensa imotivada, se é garantida apenas a continuidade jurídica da relação, invariavelmente o obreiro decide procurar outra ocupação, possibilitando o fechamento *daquele* posto de trabalho – contrariamente ao interesse do ordenamento em promover o emprego – o que não ocorre caso se garanta a efetiva reintegração³⁵⁹.

Uma outra corrente, minoritária, seguida por parte da doutrina e adotada em várias decisões judiciais das instâncias ordinárias, afirma que a sentença que condena à reintegração é suscetível, ao menos em parte, de ser cumprida por meio da execução forçada das obrigações de fazer (art. 2931, do CC/42, e art. 612, do CPC). De fato, a técnica da medida coercitiva, acima mencionada, não é prevista

³⁵⁷ Decisão do Tribunal de Caltanissetta, de 22 de outubro de 1938, Giammusso v. Società Piedigrotta, *Repertorio del Foro Italiano*, ano de 1938, Roma, Il Foro Italiano, 1939. p. 1193.

³⁵⁸ ROMAGNOLI, U. Per una rilettura dell'art. 2.086 C.C. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1977. p. 1053 *apud* ALES, Edoardo. La reintegrazione trent'anni dopo. p. 22-23.

³⁵⁹ ALES, Edoardo. La reintegrazione trent'anni dopo. p. 28-29. O autor acrescenta que a Lei n. 108/90, ao permitir ao obreiro optar pela indenização substitutiva da reintegração, deu a este a possibilidade de sobrepor a satisfação imediata de seu interesse econômico individual à perseguição do “bem comum”, obtida com a efetiva reintegração.

legalmente como uma alternativa à execução forçada, sendo bem possível que, para o cumprimento da condenação, empregue-se tanto uma, quanto a outra³⁶⁰.

A reintegração, na verdade, consiste em uma obrigação complexa, formada por diversas obrigações, algumas fungíveis, e outras, invariavelmente, infungíveis. Ela é constituída pela obrigação de não fazer, consistente em permitir o reingresso material do empregado nos locais da empresa, e por várias obrigações positivas de fazer, como a reatribuição das funções, emanção de diretrizes, fornecimento da matéria-prima e dos instrumentos de trabalho, a adoção das medidas necessárias à segurança do trabalhador³⁶¹.

A primeira obrigação, de permitir o reingresso do trabalhador, é, em geral, preliminar e instrumental em relação às segundas. A princípio, por ser fungível, pode-se pensar que ela possa ser executável, inclusive, coativamente. O problema, no entanto, é que ela não se exaure em um único ato, pois tem caráter continuativo, devendo ser reiterada, em regra, quotidianamente. Nesse sentido, a execução forçada não se mostra útil, pois ela não será capaz de impedir e reprimir, de modo pleno e completo, a violação dessa obrigação de não fazer contínua. Todavia, não obstante a limitação do seu alcance nesse caso, o recurso à execução forçada não é totalmente inútil.

As obrigações de fazer acima aludidas, por sua vez, em regra têm caráter infungível, sendo também caracterizadas pela continuidade. Considerando o caráter duplamente complexo da obrigação de reintegração, seja com relação à heterogeneidade das obrigações simples que a compõem (das quais algumas são normalmente infungíveis), seja no que tange à continuidade de tais obrigações, as medidas coercitivas são necessárias, ainda que combinadas com outros instrumentos processuais, para garantir o seu cumprimento. Tal entendimento, ao que tudo indica, foi acolhido pelo legislador no art. 18, do ET³⁶².

Nesse sentido, ANDREA PROTO PISANI observa que a previsão da medida coercitiva pelo art. 18, do ET, nos termos acima explicitados, não significa que a inobservância da decisão judicial pelo empregador não possa ser penalmente sancionada, com base no art. 388, §1º, do Código Penal (CP), sobre o qual falaremos abaixo. Segundo o autor, essa norma penal deve ser relida à luz do princípio de GIUSEPPE CHIOVENDA, segundo o qual “o processo deve dar o quanto é possível praticamente ao titular

³⁶⁰ PISANI, Andrea Proto. Osservazioni sull'attuazione della condanna del datore di lavoro a reintegrare nel posto di lavoro il lavoratore illegittimamente licenziato. p. 1488.

³⁶¹ Essa tese foi adotada, por exemplo, na decisão do Tribunal de Latina, de 05 de dezembro de 1997. Mas a Corte de Cassação, na decisão n. 9125, de 04 de setembro de 1990, inadmitiu a possibilidade da execução forçada de sub-prestações fungíveis, como o ingresso do obreiro na empresa, em razão da suposta incindibilidade da obrigação de reintegração devida pelo empregador. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

³⁶² PISANI, Andrea Proto. Osservazioni sull'attuazione della condanna del datore di lavoro a reintegrare nel posto di lavoro il lavoratore illegittimamente licenziato. p. 1489-1490.

do direito tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem direito de conseguir” no plano do direito material³⁶³.

O autor ressalta também que há relações de trabalho em que, pela natureza da atividade prestada e das modalidades de organização do trabalho, é irrelevante a cooperação do empregador para a reinserção efetiva do empregado na organização produtiva. Basta pensar nos casos em que a prestação laborativa não requer o fornecimento de matéria-prima e de instrumentos (ou em que o mero acesso ao local de trabalho é suficiente para alcançar esses objetivos) ou nos quais não sejam necessárias diretrizes específicas (v.g., nos casos de atividades repetitivas e pré-determinadas ou inseridas em uma cadeia laborativa rígida)³⁶⁴.

Todavia, mesmo nos casos em que a referida cooperação empresarial é necessária, alguns doutrinadores afirmam que boa parte dela é fungível e, assim, suscetível de execução específica por um terceiro. A jurisprudência das instâncias inferiores inclusive já identificou algumas dessas formas possíveis de execução, como a nomeação pelo magistrado de um especialista em organização empresarial, que atuaria como auxiliar do juízo, para resolver as dificuldades quotidianas da prestação laborativa do obreiro, face à recusa do empregador. Caberia a ele exercer, eventualmente com a assistência da força pública, as atividades materiais necessárias para que o empregado possa desempenhar o trabalho que exercia antes de ser dispensado³⁶⁵.

Mas esse entendimento não é aceito pela maioria da doutrina e da jurisprudência italianas³⁶⁶. De fato, consoante reiterado pela Corte de Cassação, a execução específica da obrigação de reintegração não é possível em virtude das seguintes razões: esse tipo de execução apenas é possível para as obrigações de fazer fungíveis; esse requisito não se faz presente no caso da relação de trabalho, baseada no princípio da colaboração pessoal e reciprocamente ativa entre empregado e empresário; tal colaboração não pode ser imposta fisicamente ao empregador; é errôneo definir a obrigação do empresário à reintegração como um simples não fazer, pois que, se isso poderia valer para o reingresso físico do empregado na empresa (executável, inclusive, coativamente), não vale para a reintegração

³⁶³ PISANI, Andrea Proto. Osservazioni sull’attuazione della condanna del datore di lavoro a reintegrare nel posto di lavoro il lavoratore illegittimamente licenziato. p. 1492.

³⁶⁴ PISANI, Andrea Proto. Osservazioni sull’attuazione della condanna del datore di lavoro a reintegrare nel posto di lavoro il lavoratore illegittimamente licenziato. p. 1491. Massimo d’Antona também nota que tais obrigações (v.g., direção da prestação laborativa, fornecimento dos instrumentos de trabalho) não precisam ser exercidas pessoalmente pelo empregador, podendo ser executadas por outros empregados, que exerçam cargos de direção na empresa. In D’ANTONA, Massimo. *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*. Pádua: CEDAM, 1979.

³⁶⁵ Nesse sentido, vide as decisões da Pretura de Roma, de 25 de agosto de 1979, da Pretura de Sassari, de 13 de dezembro de 1985, e da Pretura de Bolonha, de 28 de novembro de 1981. In NAPOLI, Mario. *Questioni di diritto del lavoro (1992-1996)*. p. 204.

³⁶⁶ Vide PERONE, Giancarlo. *Lineamenti di diritto del lavoro*. p. 111 e GHERA, Edoardo. *Diritto del lavoro*. p. 162.

efetiva, a qual comporta a retomada completa das atividades exercidas; para tal fim, é necessário um comportamento ativo do empregador de caráter funcional, consistente em dirigir ao obreiro as ordens oportunas e fornecer-lhe os meios de trabalho necessários³⁶⁷.

ANDREA PROTO PISANI destaca que o próprio reingresso forçado do obreiro no local de trabalho, com base no art. 612, do CPC, pode, com frequência, atuar como estímulo ao empregador para que ele cesse de violar a obrigação de reintegração e cumpra espontaneamente as diversas obrigações que a compõem, notadamente aquelas caracterizadas pela continuidade³⁶⁸. De fato, a atuação conjunta desse reingresso com a medida coercitiva consistente na sanção penal (art. 388, §1º, do CP) pode produzir resultados bastante positivos.

Os integrantes da corrente em comento defendem a possibilidade da utilização da sanção penal como medida coercitiva, em virtude da qual o patrão decidiria por cumprir a ordem de reintegração. A desobediência do empregador poderia se enquadrar nos tipos previstos nos arts. 388, §1º, e 650, do CP³⁶⁹. O primeiro dispositivo prevê o crime de ausência de execução dolosa de uma decisão do juiz e o segundo contempla o delito de inobservância de decisões da autoridade.

Embora esse entendimento tenha sido acolhido em algumas decisões das instâncias inferiores, ele não vem sendo admitido pela jurisprudência da Suprema Corte. A aplicação do art. 650, do CP, não é admitida por se entender que ele se refere a atos administrativos, e não jurisdicionais. Já para a configuração do tipo previsto no art. 388, §1º, do CP, não basta a mera inobservância da sentença condenatória civil, sendo necessária a prática de atos fraudulentos com o fim de se subtrair ao seu cumprimento³⁷⁰.

Com relação a esse segundo tipo, no entanto, PROTO PISANI nota que o requisito da fraude poderia se configurar no caso concreto caso o empregado obtivesse o reingresso forçado no local de trabalho, pois seria muito difícil para o empregador “defender que a ausência de reinserção do

³⁶⁷ NAPOLI, Mario. *Questioni di diritto del lavoro (1992-1996)*. p. 204-205.

³⁶⁸ PISANI, Andrea Proto. Osservazioni sull’attuazione della condanna del datore di lavoro a reintegrare nel posto di lavoro il lavoratore illegittimamente licenziato. p. 1492.

³⁶⁹ Art. 388, §1º: “Chiunque, per sottrarsi all’adempimento degli obblighi civili nascenti da una sentenza di condanna, o dei quali è in corso l’accertamento dinanzi l’Autorità giudiziaria, compie, sui propri o sugli altrui beni, atti simulati o fraudolenti, o commette allo stesso scopo altri fatti fraudolenti, è punito, qualora non ottemperi alla ingiunzione di eseguire la sentenza, con la reclusione fino a tre anni o con la multa da lire duecentomila a due milioni.”. Art. 650: “Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall’Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o d’igiene, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l’arresto fino a tre mesi o con l’ammenda fino a lire quattrocentomila.”.

³⁷⁰ GALANTINO, Luisa. *Diritto del Lavoro*. p. 477-479. Nesse sentido, vide as decisões da Corte de Cassação de 08 de maio de 1976; de 24 de novembro de 1982; n. 1393, de 23 de junho de 1975; n. 5992, de 28 de junho de 1979. In NAPOLI, Mario. *Questioni di diritto del lavoro (1992-1996)*. p. 206.

trabalhador na atividade produtiva não se enquadre nos requisitos da fraude e do dolo específico solicitados pelo art. 388, parágrafo 1º, do Código Penal.”³⁷¹.

Segundo o autor, por meio da coordenação entre a execução forçada (art. 612, do CPC) e a ameaça da sanção penal (art. 388, §1º, do CP), é possível garantir o cumprimento da sentença de condenação. Isso se mostraria muito útil para os casos em que a medida coercitiva consistente no pagamento da remuneração do empregado, seja pelo modesto valor desta, seja pelas dimensões particularmente grandes da empresa, não seja capaz de induzir o empregador a cumprir a decisão judicial.

Na hipótese de a dispensa visar impedir ou obstaculizar o desenvolvimento da liberdade e da atividade sindicais, é possível recorrer - e, na prática, se recorre com frequência - ao art. 28, do ET, que prevê um procedimento de repressão à conduta antisindical³⁷². Nesse caso, a inobservância pelo empregador da ordem judicial de reintegração subsume-se ao tipo do art. 650, do CP, em virtude de sua aplicação ser referida expressamente pelo art. 28, §4º, do ET.

A responsabilidade penal não é excluída pela reforma, em instâncias superiores, da decisão descumprida pelo empregador. Com efeito, a sanção penal não advém da prática da conduta anti-sindical, mas do desrespeito da decisão judicial, que continua a existir mesmo que venha a ser considerada inexistente aquela conduta³⁷³. De fato, o entendimento contrário levaria a se condicionar a aplicação da medida coercitiva (sanção penal) ao trânsito em julgado da decisão civil, o que tornaria essa última pouco eficaz³⁷⁴.

Importa notar que, uma vez declarada judicialmente a nulidade da dispensa, saindo vitorioso, portanto, o trabalhador, este deve restituir ao patrão a indenização substitutiva do aviso-prévio e a indenização de antiguidade (“trattamento di fine rapporto”, do qual falaremos abaixo), em razão da não extinção da relação de emprego, isto é, da sua continuidade³⁷⁵.

³⁷¹ PISANI, Andrea Proto. Osservazioni sull’attuazione della condanna del datore di lavoro a reintegrare nel posto di lavoro il lavoratore illegittimamente licenziato. p. 1492.

³⁷² PERONE, Giancarlo. *Lineamenti di diritto del lavoro*. p. 112.

³⁷³ Uma sanção aplicada em razão da prática da conduta anti-sindical, após o trânsito em julgado da sentença, é a revogação de incentivos fiscais relativos à admissão de pessoal novo pelo empregador (art. 7, §7º, da Lei n. 388/2000)

³⁷⁴ Antonio Vallebona afirma que entre o risco de impor provisoriamente, por meio da cominatória penal, o cumprimento de uma ordem errada e o risco da provisória ineficácia de uma ordem exata, o legislador optou pelo primeiro. Ao confrontar os dois interesses contrapostos – do empregador e do sindicato – esse último é que prevaleceu. VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il Diritto Sindacale*. v. 1. 5ª ed. Pádua: CEDAM, 2005. p. 311.

³⁷⁵ Vide a decisão da Corte de Cassação n. 7095, de 24 de junho de 1991. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

Em razão da modificação do art. 410, do CPC, pelo DL n. 80/98 (sucessivamente modificado pelo DL n. 387/98), também para as causas relativas à tutela real é exigida a tentativa prévia de conciliação, em sede administrativa ou sindical, como assinalado acima.

Por fim, cumpre notar um fenômeno cuja ocorrência vem aumentando nos últimos tempos e que, de certo modo, se relaciona à proteção contra a dispensa imotivada: o assédio moral ou “mobbing”. O empregador, frente à limitação do seu poder de dispensa pela lei, começou a recorrer a outros mecanismos para tentar se “livrar” de determinados empregados. Como nota GIANNI LOY:

“O processo de limitação dos poderes empresariais, concretamente o poder diretivo, originou – ou, ao menos, colaborou para sua difusão – a nova patologia que afeta o ambiente de trabalho, de contornos jurídicos ainda incertos, que em quase todas partes se conhece com o nome de *mobbing*. Não é por acaso que a sua difusão se evidencia, sobretudo, nas empresas de média e grande dimensões ou na Administração Pública. Isso ocorre porque, normalmente, aqueles comportamentos têm como finalidade a expulsão do trabalhador que, em razão da tutela que o assiste, não pode ser dispensado sem uma justa causa e, além disso, está protegido por uma tutela real do posto de trabalho.”³⁷⁶.

Trata-se de um exemplo do que ocorre com frequência no mundo do trabalho: frente aos obstáculos jurídicos impostos ao exercício arbitrário de seu poder, o empregador busca outros mecanismos para burlá-los e dar prosseguimento, de forma velada, às violações de direitos trabalhistas. Cabe então ao Direito criar os “anticorpos” adequados para combater, de forma eficaz, essas novas formas de desrespeito às tutelas por ele asseguradas.

4.1.2.4.2.4 A importância da tutela real

A oposição de alguns setores à tutela real - dentre os quais se destaca a “Confederazione Generale dell’Industria Italiana” (CONFINDUSTRIA), a maior confederação sindical patronal da Itália - levou à proposta de um referendo para a revogação do art. 18, do ET, o qual foi admitido pela Corte Constitucional na decisão n. 46, de 07 de fevereiro de 2000³⁷⁷. Este, no entanto, não obteve êxito, por não ter sido alcançado o quórum mínimo de votação³⁷⁸.

³⁷⁶ LOY, Gianni. El dominio ejercido sobre el trabajador. p. 171. Tradução nossa.

³⁷⁷ PANICI, Pier Luigi. Il diritto alla reintegrazione: nuove prospettive europee per la tutela contro i licenziamenti. *Il lavoro nella giurisprudenza*, Milão, IPSOA, ano VIII, p. 614-621, jul. 2000. p. 616-618. Entre os opositores da tutela real, destacava-se o jurista assassinado Marco Biagi, que a qualificou como “anomalia italiana” em matéria de dispensa. *In*

Juntamente com esse referendo, foram propostos outros que envolviam normas trabalhistas e previdenciárias. Segundo PIERGIOVANNI ALLEVA, tais referendos, em seu conjunto, abraçavam uma concepção extremamente individualista e ultraliberal, sendo a “negação, antes de tudo, da idéia de igualdade substancial” e, ainda, “negação da utilidade e da desejabilidade do *Welfare State* e dos seguros sociais”. Tratava-se, ao contrário, da “reafirmação do genuíno caráter de mercadoria do trabalho humano, a ser comprado e vendido e intermediado no mercado com máxima liberdade”³⁷⁹.

Nesse quadro, segundo o autor, o quesito referendário principal era a revogação do art. 18, do ET, que assegura “o mais notório, o mais publicizado e, por convicção comum, o mais importante direito social dos trabalhadores italianos, aquele de não poder perder o posto de trabalho sem um motivo justificado”. Prossegue o autor:

“Desde o momento do anúncio dos 20 referendos propostos pelo Partido Radical e do início da coleta das assinaturas, não houve hesitação, por parte dos defensores e dos opositores, em reconhecer nesse quesito o ‘pai’, por assim dizer, de todos os referendos em matéria social, o verdadeiro símbolo de um conflito frontal entre ultraliberalismo e garantismo. As grandes organizações sindicais, em particular, se sentiram provocadas a um desafio supremo, que colocava em jogo até mesmo a legitimidade político-moral do inteiro *corpus* da legislação especial de tutela do trabalho subordinado.”³⁸⁰.

Acerca da mobilização dos trabalhadores e dos sindicatos contra o referendo em tela, TIZIANO TREU também nota que “para dizer a verdade, essa defesa é motivada não apenas pela importância em si da tutela real caracterizada pelo art. 18, mas também pela necessidade de rechaçar uma iniciativa política que se caracteriza como um ataque ao sindicato e às relações sindicais na empresa.”³⁸¹.

Uma conclusão advinda dos mais de 30 anos de vigência do art. 18, do ET, é que a tutela realmente proporcionada por ele encontra-se no plano coletivo e preventivo³⁸². Consiste na garantia ao

BIAGI, Marco. Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro. *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Milão, Giuffrè, ano XX, n. 01, 2001. p. 279.

³⁷⁸ Vide a nota de rodapé n. 241.

³⁷⁹ ALLEVA, Piergiovanni. I “referendum sociali” e il rapporto di lavoro. p. 03.

³⁸⁰ ALLEVA, Piergiovanni. I “referendum sociali” e il rapporto di lavoro. p. 06.

³⁸¹ TREU, Tiziano. Proposte di riforma del lavoro. *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma, EDIESSE, ano LVI, n. 02, p. 417-430, abr./jun. 2005. p. 421.

³⁸² Não por acaso a tutela reintegratória foi prevista pelo Estatuto dos Trabalhadores (art. 18), o qual visa assegurar, além da liberdade e da dignidade dos obreiros, a liberdade e a atividade sindical nos locais de trabalho, tendo sido apelidado por alguns autores, na época da sua promulgação, de “Estatuto dos direitos dos sindicatos”. Com efeito, a garantia de uma proteção efetiva contra a dispensa imotivada, propiciada pela tutela real, é de fundamental importância para o fortalecimento do movimento sindical, ao permitir que o trabalhador participe efetivamente deste, como na realização de greves, sem temor de perder o seu emprego.

trabalhador de todos os outros direitos abstratamente reconhecidos pela lei e pela contratação coletiva no curso da relação de emprego, como os de associação sindical, remuneração adequada, horário de trabalho controlado, ambiente laborativo seguro e saudável, de se ausentar do trabalho por doença ou por outra razão que o justifique.

Libera o trabalhador do temor da represália e dissuade o patrão da tentação de recorrer a ela. Nesse mecanismo preventivo, o fato, verificável estatisticamente, de que a reintegração muitas vezes não se consuma, não é tão relevante, pois o patrão não pode saber “a priori” se o trabalhador, vencida a demanda, optará pela indenização substitutiva ou, ao contrário, preferirá continuar a receber as suas remunerações por anos a fio, podendo ainda exigir judicialmente (com a possibilidade de obtê-lo) um ressarcimento pelo dano profissional e/ou biológico causado pela ausência da reintegração³⁸³. De fato, “apenas por meio da tutela real o trabalhador pode tornar efetivo o restante de todos os direitos que o ordenamento lhe reconhece.”³⁸⁴.

Uma tutela do tipo ressarcitória, ao contrário, não possui tal eficácia preventiva, o que é evidenciado na prática. Para se livrar de um trabalhador “incômodo”, que reivindica os seus direitos, influenciando “negativamente” os colegas, a certeza de que a sanção é apenas pecuniária e de valor já pré-estabelecido em lei atende aos interesses patronais; por outro lado, essa mesma certeza, para o empregado, leva-o exatamente a não exigir os seus direitos. Tal evidência foi reconhecida pela própria Corte Constitucional, quando estabeleceu a regra do impedimento do curso do prazo prescricional, durante a relação de emprego, no caso dos regimes de dispensa “ad nutum” e da tutela obrigatória, como veremos.

Com efeito, nas empresas menores, submetidas ao regime da tutela obrigatória, as taxas de sindicalização são cinco ou seis vezes inferiores àquelas existentes nas empresas maiores, sujeitas à tutela real, a violação de direitos (v.g., horário de trabalho, segurança no ambiente laborativo, inscrição e recolhimento previdenciários) é maior, do mesmo modo que a rotatividade da mão-de-obra contratada³⁸⁵. Nesse sentido, trazemos à baila as palavras de CARLO SMURAGLIA:

³⁸³ ALLEVA, Piergiovanni. I “referendum sociali” e il rapporto di lavoro. p. 08-09.

³⁸⁴ ALLEVA, Piergiovanni. Intervento. *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro*. coord. Associazione Italiana di Diritto del lavoro e della Sicurezza Sociale. Milão: Giuffrè, 1999. p. 221. Como nota Antonio Vallebona, a possibilidade de ser dispensado imotivadamente “representa para os trabalhadores uma ameaça permanente, e, conseqüentemente, um temor que impede de fato a tutela de todo direito no curso da relação.”. VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 354.

³⁸⁵ ALLEVA, Piergiovanni. I “referendum sociali” e il rapporto di lavoro. p. 10.

“O instituto da reintegração tem um valor que ultrapassa o momento em que se chega a tornar efetivo e concreto o exercício do direito a ser eventualmente reintegrado no caso de dispensa injustificada. É uma questão que pesa sobre toda a relação de trabalho e que, na história das relações de trabalho e dos movimentos sindicais, representou um elemento de extrema importância, um elemento de segurança para os trabalhadores, que induz a exercer livremente os próprios direitos sindicais e de trabalho, a não ter a preocupação de um término da relação garantido exclusivamente e simplesmente por uma monetização do risco. Um elemento, assim, que teve um notável valor de caráter político e social.”³⁸⁶.

No mesmo sentido são as lições de PIERGIOVANNI ALLEVA:

“O que há de importante no art. 18? Em minha opinião, não apenas a questão da reintegração em si, mas algo mais amplo. (...) o verdadeiro valor do art. 18, que constitui uma sensação extremamente difundida e, sobretudo, uma experiência absolutamente constante, é outro: aquele de tornar possível o exercício dos outros direitos (...) onde há a reintegração, onde esse valor preventivo é efetivamente presente, então tantos discursos se tornam possíveis, tantas demandas podem ser feitas e tantos direitos podem ser afirmados.”³⁸⁷.

Segundo o autor, “a grande dificuldade vivenciada pelos trabalhadores, em relação, sobretudo, ao ambiente de trabalho, à jornada, ao rebaixamento, à falta de perspectivas profissionais, às discriminações mais ou menos ocultas, ao *mobbing*, baseia-se no fato de que, no final das contas, não podem contar com uma possibilidade de reação”. Mas quando o trabalhador conta com a proteção assegurada pela tutela real, a situação é diversa, pois ele “pode, de todo modo, pensar em se defender na constância da relação de emprego.”³⁸⁸.

Em todos os sistemas jurídicos em que a dispensa imotivada é sancionada com o pagamento de uma indenização, o seu valor encontra-se pré-determinado em lei, entre um mínimo e um máximo, a ser fixado em concreto pelo juiz. Não se ressarce o dano *efetivamente* sofrido pelo trabalhador, tratando-se de uma censurável exceção à regra do Direito comum. De fato, é contraditório que o cidadão, sofrendo um acidente de trânsito, veja ressarcida a integralidade do dano sofrido, mas, sendo injustamente dispensado, isto é, sofrendo um dano mais grave e não apenas sob o ponto de vista patrimonial, veja-se limitado em tal reparação.

³⁸⁶ SMURAGLIA, Carlo. Introduzione. Il post referendum dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori (Tavola rotonda). *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma, EDIESSE, ano L, n. 02, p. 405-406, abr./jun. 1999. p. 406. Tradução nossa.

³⁸⁷ ALLEVA, Piergiovanni. Intervento. Il post referendum dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori (Tavola rotonda). p. 408.

³⁸⁸ ALLEVA, Piergiovanni. Intervento. Il post referendum dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori (Tavola rotonda). p. 408.

Demais disso, essa pré-fixação do valor da indenização pela lei viola o princípio da igualdade, assegurado constitucionalmente, pois possibilita que hipóteses diversas recebam o mesmo tratamento jurídico. Com efeito, a situação do trabalhador dispensado varia em razão da sua idade, sexo, qualificação profissional, condição familiar e social, da conjuntura econômica e da área territorial em que se encontra, que tornam mais ou menos difícil encontrar um novo emprego.

4.1.2.5 O impedimento do curso do prazo prescricional

Uma questão interessante, já mencionada acima, concerne ao decurso do prazo prescricional, com relação aos regimes de dispensa “ad nutum” e da tutela obrigatória. Considerando que os mesmos não protegem, ao menos com efetiva segurança, a relação de emprego, observa-se que, na prática, o obreiro não reivindica o seu crédito no curso do contrato, pelo temor de ser dispensado, mas apenas ao final do mesmo.

Com base nessa evidência, e em respeito ao direito à suficiência da retribuição, consagrado pelo art. 36, §1º, da Constituição³⁸⁹, a Corte Constitucional, a partir da famosa e criativa decisão n. 63, de 10 de junho de 1966, declarou a inconstitucionalidade das normas do Código Civil (arts. 2948, §4º, 2955, §2º, e 2956, §1º), na parte em que permitiam o fluxo da prescrição durante o contrato empregatício. A constância deste, portanto, passou a ser considerada uma causa impeditiva do prazo prescricional. Consagrou-se o princípio do “contra non valentem agere non currit praescriptio”, pois a tendência natural é o trabalhador não reclamar os seus direitos na vigência da relação de emprego, pelo temor das represálias, sendo a mais comum delas a própria dispensa³⁹⁰. Transcreve-se a seguir um trecho da decisão em comento:

“Em uma relação não dotada daquela resistência, que caracteriza, ao contrário, a relação de trabalho com a Administração Pública, o temor da dispensa impulsiona ou pode impulsionar o trabalhador ao caminho da renúncia de uma parte dos seus próprios direitos; de forma que a renúncia, quando é feita durante aquela relação,

³⁸⁹ Art. 36, §1º: “O trabalhador tem direito a uma retribuição proporcional à quantidade e qualidade do seu trabalho e em todo caso suficiente a assegurar a si e à sua família uma existência livre e digna” (grifos nossos). Tradução nossa. Assim, a remuneração do empregado deve ser adequada à qualidade do trabalho e proporcional à sua quantidade, mas, de todo modo, há de ser suficiente. Nesse sentido, confira a seguinte decisão: “O art. 36 da Constituição é norma de aplicação imediata, que impõe a consideração apenas da posição do trabalhador através da valoração da suficiência do salário para a existência livre e digna dele e da família. Não é admissível que, ao fixar a retribuição, se deva avaliar, nem mesmo sob o ponto de vista da equidade, aqueles que possam ser os eventuais faturamentos do empresário e a eventual anti-economicidade da gestão da sua empresa.”. Decisão do Tribunal de Velletri, de 17 de dezembro de 1955, Niccolini v. Soc. ind. alim. *Repertorio del Foro Italiano*, ano de 1956, Roma, *Il Foro Italiano*, 1957. p. 1505.

³⁹⁰ PERONE. Giancarlo. *Lo Statuto dei Lavoratori*. Turim: UTET, 1997. p. 106. Nesse sentido, vide a decisão da Corte de Cassação n. 9968, de 23 de junho de 2003. *Repertorio del Foro Italiano*, ano de 2004. p. 1535.

não pode ser considerada como uma livre expressão da vontade negocial e a sua invalidade é assegurada pelo art. 36 da Constituição: o próprio art. 2113 do Código Civil, que a jurisprudência já enquadrou entre os princípios constitucionais, admite a anulação da renúncia exatamente se esta ocorreu antes da cessação da relação de trabalho ou logo após. Substancialmente, quis-se proteger o contratante mais fraco contra a sua própria fraqueza de sujeito interessado na conservação da relação. (...) Não existem obstáculos jurídicos que impeçam de fazer valer o direito ao salário. Existem, todavia, obstáculos materiais, isto é, a situação psicológica do trabalhador, que pode ser induzido a não exercer o próprio direito pelo mesmo motivo pelo qual muitas vezes é levado à sua renúncia, isto é, pelo temor da dispensa; de modo que a prescrição, fluindo durante a relação de emprego, produz exatamente aquele efeito que o art. 36 pretendeu coibir proibindo qualquer tipo de renúncia: mesmo aquela que, em particulares situações, pode se encontrar implícita na ausência do exercício do próprio direito e, portanto, no fato de que se deixe consumir a prescrição (...). O preceito constitucional, embora admita a prescrição do direito ao salário, não permite o seu decurso na vigência do contrato de trabalho, durante o qual aquela mascara, invariavelmente, uma renúncia.”³⁹¹.

Ao comentar essa decisão, GIUSEPPE PERA observa acertadamente que:

“Se a Constituição, exatamente com o fim de tornar efetivas as garantias previstas para a parte mais fraca do contrato de trabalho, qualificou como irrenunciáveis determinados direitos, é contraditório admitir que o tempo, através do instituto da prescrição, possa operar no sentido da possível extinção do direito em razão da inércia do titular, exatamente porque essa inércia não é, em regra, atribuível a uma escolha livre e espontânea do trabalhador, mas, sim, com frequência se deve à preocupação deste de poder levar o empregador à resolução da relação como resultado provável de ter atuado reivindicando os próprios direitos.”³⁹².

Esse entendimento, todavia, veio a ser mitigado pela Corte na hipótese de o trabalhador estar abrangido pelo regime da tutela real (art. 18, do ET). Entendeu-se que a garantia da reintegração, sendo uma proteção efetiva contra a dispensa imotivada, permite que o empregado reivindique os seus

³⁹¹ Decisão da Corte Constitucional n. 63, de 10 de junho de 1966, Giacchetta v. Boldrini. *Il Foro Italiano*, Roma, Il Foro Italiano, ano LXXXXI, v. LXXXIX, parte I, p. 985-986, 1966. Tradução nossa.

³⁹² PERA, Giuseppe. Sulla decorrenza della prescrizione per il diritto al salario. *Il Foro Italiano*, Roma, Il Foro Italiano, ano LXXXXI, v. LXXXIX, parte I, p. 1652-1657, 1966. p. 1653. Tradução nossa.

direitos no curso do contrato³⁹³. Assim, não se configuraria a mencionada causa impeditiva do curso da prescrição, o que foi reafirmado pela Corte Constitucional em diversas decisões³⁹⁴.

4.1.2.6 As proibições legais à dispensa

Existem disposições legais específicas que vedam a dispensa do trabalhador, independentemente do regime legal a que este se submete (dispensa “ad nutum”, tutela obrigatória ou tutela real), em virtude da proteção conferida pelo ordenamento jurídico a valores essenciais. Tais proibições, de variada tipologia, apresentam em comum o fato de se atribuir ao trabalhador o ônus da prova – no que se diferencia das causas justificadoras da dispensa, que, como vimos, devem ser provadas pelo empregador – e de trazerem como consequência os efeitos próprios da tutela real. Por tal motivo, a invocação de tais proibições, de não fácil comprovação, interessa sobretudo aos trabalhadores submetidos ao regime de dispensa imotivada ou de tutela obrigatória, vez que o seu reconhecimento propicia a reintegração no posto de trabalho.

4.1.2.6.1 A dispensa discriminatória

Determina o art. 3º da Lei n. 108/90 que a dispensa por motivo discriminatório é nula, tendo como sanção os efeitos próprios da tutela real, previstos no art. 18, do ET, devendo o patrão, portanto, reintegrar o empregado. Esse dispositivo aplica-se a todo e qualquer obreiro, independentemente da categoria a que pertença, da dimensão do empregador ou da natureza da atividade por ele exercida. Incluem-se, portanto, os trabalhadores que, em condições normais, estão sujeitos aos regimes da dispensa “ad nutum” e da tutela obrigatória (arts. 3º e 4º, da Lei n. 108/90).

Existem normas legais que elencam os motivos de natureza discriminatória, como a filiação do trabalhador a um sindicato, a sua participação em atividades sindicais ou na realização de uma greve, razões de cunho político, religioso, racial, étnico, nacional, de língua, de sexo, de deficiência física e/ou

³⁹³ Acerca do regime da tutela real, Antonio Vallebona afirma que “a propósito se fala de relações estáveis ou resistentes, nas quais o trabalhador perde o temor reverencial induzido pelo poder do empregador de dispensar livremente ou a baixo custo e pode, assim, agir em defesa dos próprios direitos já no curso da relação.” VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 424-425. Tradução nossa.

³⁹⁴ Vide as decisões da Corte Constitucional n. 174, de 12 de dezembro de 1972; n. 40 e 41, de 1º de junho de 1979; n. 42, 43 e 44, de 18 de junho de 1979; e n. 13, de 10 de fevereiro de 1981. In PERONE, Giancarlo. *Lo Statuto dei Lavoratori*. p. 107.

mental, de idade, de orientação sexual, de convicções pessoais e de infecção pelo vírus HIV (art. 4º, da Lei n. 604/66, art. 15, do ET, art. 5º, §5º, da Lei n. 135/90, art. 43, §2º, “e”, do DL n. 286/98).

Importa observar que, em se tratando de um fato constitutivo do direito do trabalhador, pende sobre este o ônus de provar o motivo discriminatório³⁹⁵, apesar de se admitirem algumas presunções em seu favor, com fundamento nos arts. 2.727 e 2.729, do CC/42³⁹⁶. A possibilidade da prova por presunção, com base nos referidos dispositivos, é prevista expressamente pelo art. 44, §9º, do DL n. 286/98, relativo à discriminação por razões raciais, étnicas, nacionais ou religiosas. Na hipótese de o motivo ser relativo ao sexo, a lei prevê a inversão do ônus probatório, caso presente a verossimilhança das alegações do autor (art. 4º, §6º, da Lei n. 125/91).

A dificuldade probatória revela-se maior na área de aplicação da dispensa “ad nutum”. Com efeito, quando a validade da dispensa é condicionada a uma motivação, cuja prova cabe ao empregador, o seu eventual insucesso probatório - restando excluída a existência, e não apenas a suficiência, do motivo alegado - pode conduzir com maior segurança à presunção do ato discriminatório.

Nesse sentido, a Lei n. 108/90, ao generalizar a necessidade de motivação da dispensa, como vimos, propiciou uma proteção mais efetiva contra a despedida discriminatória³⁹⁷. Como destaca PIERGIOVANNI ALLEVA, “atualmente o trabalhador dispensado por discriminação ou represália não consegue, nunca, ou quase nunca, provar o motivo verdadeiro que causou a dispensa, mas é igualmente protegido porque, de todo modo, tem lugar a anulação e a reintegração, se o empregador, por sua vez, não consegue provar a existência de uma causa justificadora.”³⁹⁸. Observa-se que o autor se refere aos trabalhadores abrangidos pelo regime da tutela real.

Demonstra-se, mais uma vez, como a proteção contra a dispensa imotivada, além de ser importante em si mesma, garante a tutela dos outros direitos fundamentais do trabalhador. A ordem jurídica que vedasse apenas a dispensa discriminatória poderia não lograr tal objetivo, pois o empregado encontraria grandes dificuldades em prová-la. Assim, tal proteção é efetivamente

³⁹⁵ Vide as decisões da Corte de Cassação n. 7768, de 23 de agosto de 1996; n. 11464, de 18 de novembro de 1997; e n. 15689, de 13 de dezembro de 2000. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

³⁹⁶ Art. 2.727. “As presunções são as conseqüências que a lei ou o juiz tira de um fato notório para chegar a um fato ignorado”. Art. 2.729. “As presunções não estabelecidas pela lei são deixadas ao critério do juiz, o qual só deve admitir presunções graves, precisas e concordantes. As presunções não se podem admitir nos casos em que a lei exclui a prova por testemunha”. Tradução nossa. No sentido da admissão da prova por presunção no caso em comento, confira-se a decisão da Corte de Cassação n. 14753, de 15 de novembro de 2000. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

³⁹⁷ SANDULLI, Pasquale, VALLEBONA, Antonio, PISANI, Carlo. *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*. p. 35-36.

³⁹⁸ ALLEVA, Piergiovanni. I “referendum sociali” e il rapporto di lavoro. p. 09.

assegurada por meio da exigência de um motivo para a dispensa, que deve ser provado pelo empregador. Como ressalta GIANNI LOY:

“O possível excesso de poder empresarial, em violação dos direitos fundamentais do trabalhador, não encontra suficiente remédio nas áreas privadas de tutela real contra a dispensa (...). Se não existe a obrigação de indicar os motivos que fundamentam a dispensa será árduo, para o trabalhador, demonstrar a vontade discriminatória. Enfim, em todas as relações cuja característica é a precariedade é bastante óbvio que o trabalhador poderá abdicar com maior facilidade a seus próprios direitos (...) por medo de perder seu posto de trabalho.”³⁹⁹

Há autores que sustentam que os motivos discriminatórios são apenas aqueles elencados na lei, acima citados⁴⁰⁰. Existe o entendimento, no entanto, de que qualquer razão discriminatória encontra-se abrangida pela norma geral do art. 3º da Lei n. 108/90, como, por exemplo, a instauração de um procedimento administrativo ou uma ação judicial contra o empregador. De todo modo, sendo o motivo da dispensa contrário às normas imperativas, à ordem pública ou aos bons costumes, a sua ilicitude resultaria da violação ao art. 1.418 c/c art. 1.324, do CC/42, o que ocasionaria, igualmente, a nulidade do ato empresarial⁴⁰¹.

Cumprе ressaltar que a novidade trazida pela Lei n. 108/90, de possibilitar ao trabalhador optar pelo pagamento de uma indenização no lugar da reintegração obtida judicialmente, encontra interessante aplicação no caso em tela. Com efeito, o obreiro indignado pela discriminação sofrida pode preferir não retornar ao seu posto de trabalho.

Discussão interessante é aquela relativa à possibilidade da configuração de uma dispensa discriminatória efetuada por uma organização de tendência, vez que, sendo uma determinada ideologia inerente à sua constituição e ao desenvolvimento de suas atividades, seria inconcebível a manutenção de um empregado com convicções divergentes (v.g., o diretor de um partido político de extrema direita que decide converter-se à ideologia marxista)⁴⁰². Esta é, inclusive, uma das razões pelas quais tais organizações são excluídas do regime da tutela real. Entende-se, portanto, que não se configuraria a dispensa discriminatória, salvo que o empregado exerça funções neutras, isto é, não relacionadas diretamente ao objeto da organização (e.g., faxineiro, motorista) ou se o fator que motivou a dispensa,

³⁹⁹ LOY, Gianni. El dominio ejercido sobre el trabajador. p. 183-184. Tradução nossa.

⁴⁰⁰ VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 390.

⁴⁰¹ GRANDI, Mario, PERA, Giuseppe. *Commentario breve alle Leggi sul lavoro*. p. 533.

⁴⁰² Vide a decisão n. 6191, de 08 de julho de 1997, em que a Corte de Cassação decidiu pelo caráter não discriminatório da dispensa de um sindicalista por parte de uma organização sindical, em virtude de graves divergências ideológicas. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

de caráter discriminatório, é diverso da ideologia relevante para a organização (v.g., no mesmo exemplo acima, o aludido diretor é dispensado por ser portador do vírus HIV)⁴⁰³.

Para alguns tipos de dispensa discriminatória são previstos legalmente procedimentos judiciais de urgência (art. 28, do ET, no caso de conduta anti-sindical, e art. 44, do DL n. n. 286/98, por motivos raciais, étnicos, nacionais ou religiosos) e a revogação de benefícios públicos ou a proibição temporária de sua obtenção (art. 44, do DL n. 286/98, pelos motivos supra citados, e art. 4º, §9º, da Lei n. 125/91, por motivo de sexo).

4.1.2.6.2 Dispensa por motivo ilícito ou em fraude à lei

Com base no art. 1345 c/c art. 1324, do CC/42, é vedada a dispensa efetuada “exclusivamente por um motivo ilícito”. O motivo ilícito é aquele contrário às normas imperativas, à ordem pública ou aos bons costumes. Pode-se citar, ilustrativamente, a represália por uma ação judicial proposta contra o empregador⁴⁰⁴ ou pelo exercício legítimo do direito de resistência, não cumprindo as ordens ilegais do patrão⁴⁰⁵. A dispensa é sancionada com a nulidade (arts. 1345, 1324 e 1418, §2º, do CC/42), de modo que subsistem a relação de emprego e o direito do trabalhador de receber a sua remuneração.

Outra hipótese de dispensa nula é a ocorrida em fraude à lei, ou seja, dirigida a se esquivar da aplicação de uma norma imperativa (arts. 1344, 1324 e 1418, §3º, do CC/42). Um exemplo seria a despedida de um empregado, às vésperas da venda de uma empresa, com a sua imediata readmissão por parte do adquirente, com vistas a evitar a incidência do art. 2112, do CC/42, que assegura, na hipótese de sucessão de empregadores, a intangibilidade do contrato de trabalho e a responsabilidade solidária entre esse último e o alienante⁴⁰⁶.

Cumprido ressaltar a importância das proibições em comento no sentido de assegurarem que determinadas dispensas com motivação ilícita, mesmo não se enquadrando em nenhum tipo legal de

⁴⁰³ Nesse sentido, vide a decisão da Corte de Cassação n. 9630, de 21 de julho de 2000. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom. Vide também SANDULLI, Pasquale, VALLEBONA, Antonio, PISANI, Carlo. *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*. p. 36.

⁴⁰⁴ Vide a decisão da Corte de Cassação n. 3837, de 03 de maio de 1997. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

⁴⁰⁵ Confira-se, acerca do tema, as valiosas lições de VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996. O reconhecimento do direito de resistência encontra-se, ilustrativamente, na decisão n. 6594, de 02 de abril de 2004, em que a Corte de Cassação considerou que não configurava justa causa a recusa do trabalhador em executar as próprias prestações, quando motivado pelo inadimplemento do patrão, que não pagava os seus salários alegando dificuldades econômicas. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

⁴⁰⁶ VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 388.

discriminação (para aqueles que adotam a corrente restritiva, acima explicitada), sejam sancionadas com a nulidade.

4.1.2.7 Desobediência às formalidades necessárias para a realização das dispensas

A Lei n. 604/66, em seu art. 2º, com a nova redação dada pelo art. 2º, §2º, da Lei n. 108/90, determina que o empregador, seja ele empresário ou não, deve comunicar por escrito ao obreiro a intenção de dispensá-lo. Trata-se de uma derrogação expressa ao princípio geral da liberdade de forma dos atos jurídicos (arts. 1325, §4º, e 1350, do CC/42). Se o trabalhador, dentro do prazo de quinze dias da comunicação, solicitar os motivos da sua dispensa, o empregador deverá fazê-lo por escrito, no prazo de sete dias. A importância dessa explicitação consiste em propiciar ao obreiro o pleno conhecimento dos motivos da sua dispensa, para avaliar a possibilidade de contestá-la, mas, sobretudo, para determinar o objeto da eventual controvérsia, em razão do princípio da imodificabilidade da motivação.

A inobservância desse procedimento, nos termos do art. 2º, §3º, da Lei n. 604/66, gera a ineficácia da dispensa. Essa expressão, em verdade, resulta equivocada, vez que se trata de hipótese de nulidade⁴⁰⁷. Assim, se o obreiro está sujeito ao regime da tutela real, tem direito à reintegração no posto de trabalho (art. 18, §1º, do ET) e, nas demais hipóteses, aplica-se a disciplina do direito comum para os vícios de forma, sancionados com a nulidade (arts. 1325, §4º, 1324 e 1418, §2º, do CC/42), sendo mantida a relação de emprego e assegurado o direito à percepção da remuneração⁴⁰⁸.

Importa observar a contradição relativa à diversidade de efeitos, no que tange ao trabalhador sujeito ao regime da tutela obrigatória: se injustificada a sua dispensa, cabe-lhe apenas a indenização (ou a readmissão, na remota hipótese de o patrão optar por ela), mas, se presente um vício formal na despedida, é mantida a relação empregatícia. Questionada acerca da inconstitucionalidade dessa disparidade de tratamento, a Corte Constitucional considerou-a legítima, em virtude da necessidade

⁴⁰⁷ Na decisão n. 14873, de 03 de agosto de 2004, a Corte de Cassação considerou ilegítima a dispensa por não ter o patrão apresentado os seus motivos, após a tempestiva solicitação do empregado. *Repertorio del Foro Italiano*, ano de 2004. p. 1533.

⁴⁰⁸ Vide as decisões da Corte de Cassação n. 1444, de 20 de fevereiro de 1999; n. 15224, de 25 de outubro de 2000; e n. 14949, de 18 de novembro de 2000. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

fundamental de certeza quanto à existência da dispensa e do motivo que a animou⁴⁰⁹. De todo modo, o padrão pode repetir o procedimento de dispensa para consumá-la, obviamente com efeitos *ex nunc*⁴¹⁰.

Nota-se que os motivos comunicados por escrito ao empregado são imodificáveis, não podendo o padrão invocar em juízo razões diversas⁴¹¹. A imodificabilidade dos fatos alegados não se confunde com a possibilidade de se dar aos mesmos uma qualificação jurídica diversa, o que pode vir a ensejar, por exemplo, a conversão pelo juiz de uma dispensa por justa causa em uma despedida por justificado motivo subjetivo, como vimos.

Essas formalidades, no entanto, não são de observância obrigatória com relação aos trabalhadores sujeitos à dispensa imotivada (art. 10, da Lei n. 604/66, e art. 4º, da Lei n. 108/90), com exceção dos dirigentes, aos quais se aplica apenas a necessidade da comunicação por escrito da dispensa, por determinação do art. 2º, §4º, da Lei n. 604/66.

Por força da decisão n. 204, de 30 de novembro de 1982, da Corte Constitucional, as dispensas por motivo disciplinar, para serem válidas e eficazes, devem obedecer ao disposto nos §§ 1º, 2º e 3º, do art. 7º, do ET⁴¹². Essas normas prevêm a necessidade de se afixar previamente no estabelecimento, em lugar acessível a todos os trabalhadores, o regulamento disciplinar⁴¹³ e de se comunicar a dispensa por escrito ao empregado, concedendo-lhe o direito de se defender com o auxílio de um representante de seu sindicato, antes de se aplicar a sanção.

⁴⁰⁹ Vide a decisão da Corte de Cassação n. 398, de 23 de novembro de 1994. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

⁴¹⁰ GHERA, Edoardo. *Diritto del lavoro*. p. 166.

⁴¹¹ O princípio da imodificabilidade da motivação da dispensa foi construído por reiterada jurisprudência da Corte de Cassação, ainda no regime do CC/42, a propósito da dispensa por justa causa, que excluía a obrigação do aviso-prévio. Essa construção, obviamente, foi mantida quando introduzida a necessidade de motivação das dispensas na ordem jurídica italiana. In VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 403.

⁴¹² CERRETA, Michele. Il licenziamento disciplinare e l'applicabilità del provvedimento prima del decorso di cinque giorni dalla contestazione. Una questione di metodo. *Il Diritto del Lavoro*, Roma, Fondazione Diritto del Lavoro L. A. Miglioranzì, ano LXXVII, n. 05, p. 129-141, set./out. 2003. p. 132. O motivo disciplinar é aquele relativo a uma conduta culposa do trabalhador, como é o caso da justa causa e do justificado motivo subjetivo. In GALANTINO, Luisa. *Diritto del Lavoro*. p. 465-466. Tal definição também foi adotada pela Corte de Cassação nas decisões n. 3449, de 03 de abril de 1998, e n. 12769, de 27 de setembro de 2000. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

⁴¹³ Em razão de o motivo disciplinar ser reconduzível às noções legais de justa causa e justificado motivo subjetivo, implicando condutas contrárias à ética comum, para alguns autores não seria necessária a elaboração e afixação no local de trabalho de um código disciplinar, salvo condutas específicas, previstas pela autonomia coletiva. In VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 406-407. No mesmo sentido, vide as decisões da Corte de Cassação n. 7819, de 08 de junho de 2001, e n. 9840, de 06 de julho de 2002. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom. Em algumas decisões, no entanto, considerou-se que a exposição do código disciplinar apenas não é necessária no caso de faltas que constituem um crime ou para as quais não se pode desconhecer razoavelmente a gravidade. Vide a decisão da Pretura de Milão, de 15 de novembro de 1994. In MANNACIO, Giorgio. *Qualificazione del rapporto*, acesso al lavoro e licenziamenti nella giurisprudenza di merito della Lombardia. p. 1278.

A inobservância dessas normas gera as conseqüências próprias da dispensa imotivada, que, como vimos, variam se o trabalhador está sujeito ao regime da tutela obrigatória ou da tutela real⁴¹⁴. Caso o empregador deseje consumir a dispensa, tem a faculdade de repetir o procedimento disciplinar, respeitando dessa vez os seus requisitos formais, o que, de todo modo, produzirá efeitos “ex nunc”.

No que tange aos obreiros submetidos ao regime de dispensa “ad nutum”, parte da jurisprudência da Corte de Cassação entende não serem aplicáveis as normas em comento⁴¹⁵. Alega-se que o referido procedimento, por exigir a comunicação da razão da dispensa, dando ao trabalhador a oportunidade de se defender, pressupõe a necessidade da presença de um motivo para legitimá-la, o que vai de encontro ao regime a que estão sujeitos esses obreiros⁴¹⁶. Mas a Corte Constitucional declarou ser aplicável o art. 7º, §§2º e 3º (comunicação por escrito da dispensa e direito de defesa prévia do obreiro), aos trabalhadores sujeitos à dispensa imotivada, invocando o art. 3º, da Constituição (que protege a dignidade social do cidadão)⁴¹⁷. Nesse sentido, ENRICO GRAGNOLI observa que:

“O princípio do contraditório tem um fundamento racional e moral que em muito transcende os limites do art. 7º do Estatuto dos Trabalhadores, o qual, se tanto, conferiu uma tardia atuação a um critério inscrito não apenas no sistema constitucional, mas no fulcro da nossa consciência social e na civilização jurídica moderna. Onde há uma repreensão, há um confronto entre pessoas e, logo, aquela acusada deve saber o que ocorre. No caso de autoridades privadas investidas de poderes punitivos, a observância do contraditório não encontra a sua justificação apenas no art. 7º do Estatuto dos Trabalhadores, mas no inteiro ordenamento e, em

⁴¹⁴ Nesse sentido, vide as decisões da Corte Constitucional n. 388, de 23 de novembro de 1994, e n. 193, de 26 de maio de 1995, e da Corte de Cassação n. 4844, de 18 de maio de 1994, e n. 5213, de 03 de abril de 2003. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

⁴¹⁵ Vide as decisões da Corte de Cassação n. 8189, de 05 de novembro de 1987, e n. 851, de 11 de fevereiro de 1989. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

⁴¹⁶ Há de se ressaltar, no entanto, que parte da jurisprudência da Suprema Corte entende aplicáveis esses dispositivos aos empregados sujeitos ao regime de dispensa “ad nutum”, principalmente no que tange aos dirigentes, havendo, no entanto, divergências com relação aos efeitos advindos da inobservância dessas normas. De qualquer forma, é pacífico o entendimento de que a dispensa efetuada sem o respeito ao procedimento em tela possa ser renovada, de modo a garantir a sua observância. GALANTINO, Luisa. *Diritto del Lavoro*. p. 504-506.

⁴¹⁷ Vide as decisões da Corte Constitucional n. 427, de 25 de julho de 1989; n. 309, de 1º de julho de 1992; n. 193, de 18 de maio de 1995; e n. 398, de 10 de novembro de 1994; e as decisões da Corte de Cassação n. 4844 e 4846, de 18 de maio de 1994, e n. 5213, de 03 de abril de 2003. In GRAGNOLI, Enrico. Principio del contraddittorio e licenziamento del dirigente. *Il Diritto del Lavoro*, Roma, Fondazione Diritto del Lavoro L. A. Miglioranzi, ano LXXVII, n. 05, p. 345-357, set./out. 2003. p. 345. Na decisão n. 427, de 1989, a referida Corte já havia declarado a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 7º “na parte em que é excluída a sua aplicabilidade à dispensa disciplinar determinada por empresas com menos de 16 empregados”. In MOSCARINI, Lucio V. Impugnazione del licenziamento ad nutum e pregiudiziale amministrativa. *Il Diritto del Lavoro*, Roma, Fondazione Diritto del Lavoro L. A. Miglioranzi, ano LXXVIII, n. 03-04, p. 1163-1176, mai./ago. 2004. p. 1171. Edoardo Ghera observa que, no caso do trabalhador submetido à dispensa imotivada, o procedimento em tela deve ser observado pelo patrão apenas se ele deseja despedi-lo por justa causa (e, assim, não ser obrigado a conceder o aviso-prévio), de modo que a sua inobservância implica apenas o pagamento da indenização substitutiva do mesmo. GHERA, Edoardo. *Diritto del lavoro*. p. 165.

particular, no art. 2º, da Constituição, o qual protege a dignidade individual, também e sobretudo no interior das formações sociais que, como a empresa, são um lugar privilegiado de realização da pessoa e não podem se tornar instrumento da sua mortificação”⁴¹⁸.

4.1.2.8 Impugnação da dispensa pelo empregado

Na hipótese de o trabalhador querer contestar a sua dispensa, deve fazê-lo no prazo decadencial de 60 dias, nos termos do art. 6º, §1º, da Lei n. 604/66. Esse prazo é contado do dia em que foi comunicado da dispensa ou da data da comunicação dos motivos da mesma, caso esta não tenha sido simultânea àquela (art. 6º, §2º, da mesma lei). Considerando a exigência legal da tentativa obrigatória de conciliação, anterior ao processo judicial, a comunicação desta ao empregador impede a decadência (art. 5º, §5º, da Lei n. 108/90).

Cumpra-se notar que, consoante parte da jurisprudência da Corte de Cassação, caso consumada a decadência acima referida, o trabalhador dispensado injustamente pode ainda ajuizar uma ação civil ordinária para buscar a reparação de eventuais danos sofridos. Nesse sentido, confira a decisão abaixo, proferida pela Suprema Corte:

“A falta de impugnação da dispensa (no prazo fixado, sob pena de decadência, pelo art. 6º, da Lei n. 604, de 15 de julho de 1966) preclui ao trabalhador dispensado a ação dirigida a obter a declaração da sua ilegitimidade, pressuposto para conseguir o ressarcimento do dano, nos termos do art. 18 da Lei n. 300, de 20 de maio de 1970, ou do art. 8º, da Lei n. 604, de 15 de julho de 1966, mas não preclui a ação de indenização pelo fato ilícito, para a qual, de todo modo, é exigida a recorrência de um fato injusto que tenha acompanhado a dispensa, como, por exemplo, uma dispensa injuriosa, uma dispensa como ato final de uma ação de ‘mobbing’, uma dispensa publicizada fora da empresa com a finalidade de prejudicar a figura profissional do trabalhador.”⁴¹⁹.

⁴¹⁸ No que tange ao dirigente, o autor observa que “a garantia do contraditório prescinde de qualquer conotação de fidejussão da relação (...) em razão de o contraditório vincular-se à proteção da dignidade pessoal do imputado, não se vê o porquê de essas exigências deverem ser menores para os dirigentes que, ao contrário, são expostos a críticas mais frequentes sobre o seu trabalho (...) ao dirigente deve-se permitir conhecer as censuras e de replicar, não em virtude de suas expectativas patrimoniais, mas porque apenas assim se reconhece o valor moral e pessoal do seu trabalho”. GRAGNOLI, Enrico. Principio del contraddittorio e licenziamento del dirigente. p. 351-353. Tradução nossa.

⁴¹⁹ Decisão da Corte de Cassação n. 21833, de 12 de outubro de 2006, G.A.M v. Sig. D.I.B. *Argomenti di Diritto del Lavoro*, Pádua, CEDAM, ano XII, n. 02, p. 517-519, mar./abr. 2007. p. 517. Vide também os comentários a essa decisão: ZACCARELLI, Luca. Ancora sulle conseguenze della tardiva impugnazione del licenziamento illegittimo. *Argomenti di Diritto del Lavoro*, Pádua, CEDAM, ano XII, n. 02, p. 519-522, mar./abr. 2007.

4.1.2.9 Dispensas coletivas

4.1.2.9.1 Caracterização

Se a dispensa individual atinge, sobretudo, interesses fundamentais do trabalhador individualmente considerado, a dispensa coletiva, por sua vez, ocasiona também um problema social, que é tanto mais grave quanto maior for o número de obreiros dispensados. Por isso, o legislador italiano e os sindicatos (por meio contratação coletiva) criaram, através de complexa evolução normativa, uma série de instrumentos dirigidos a evitar, ou ao menos reduzir quantitativamente, a dispensa coletiva ou a enfrentar as suas conseqüências. Também o legislador comunitário cuidou de disciplinar esse tipo de dispensa, atualmente regulada pela Diretiva n. 59, de 1998, como vimos⁴²⁰.

Um primeiro filtro imposto às dispensas coletivas, criado pelos contratos coletivos e posteriormente recepcionado pela lei, consiste no procedimento sindical preventivo, no curso do qual o confronto entre o empregador e os entes sindicais pode resultar em soluções que propiciem a reabsorção, total ou parcial, dos empregados excedentes.

O ordenamento jurídico italiano distingue as dispensas coletivas das individuais. A dispensa coletiva, como vimos, foi regulada primeiramente pela contratação coletiva, como o acordo interconfederativo do setor industrial, de 05 de maio de 1965, que previa, entre outras formalidades, o respeito a um procedimento sindical prévio. Todavia, ela não era regulada por um diploma específico, que fosse aplicável à generalidade dos empregados, o que afrontava a Diretiva comunitária n. 129, de 1975. Por essa razão, a Itália foi condenada duas vezes pela Corte de Justiça da Comunidade Européia, em 08 de junho de 1982, na causa n. 91/81, e em 06 de novembro de 1985, na causa n. 131/84, ambas ajuizadas pela Comissão Européia.

Assim, em obediência às normas comunitárias, foi editado um diploma específico: a Lei n. 223, de 23 de julho de 1991. Esta prevê, detalhadamente, um procedimento que deve ser seguido pelo empregador, composto por uma pluralidade de fases, que envolvem o controle por parte das entidades sindicais e da Administração Pública, não se excluindo, ademais, a possibilidade de se submeter a questão à apreciação do Poder Judiciário.

A dispensa coletiva visa à redução do número de empregados da empresa, em razão da diminuição ou transformação da atividade produtiva ou do trabalho, tratando-se, portanto, de motivos

⁴²⁰ VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 464.

alheios à pessoa do obreiro. Desse modo, ela se assemelha à dispensa individual por justificado motivo objetivo, pois que também esta resulta, em regra, de razões ligadas à própria empresa⁴²¹. A diferença principal entre as duas figuras reside no aspecto quantitativo, pois a dispensa coletiva envolve um número considerável de trabalhadores, ocasionando maior impacto social, razão pela qual mereceu um tratamento especial do legislador.

Exigem-se, portanto, determinados requisitos para a configuração da dispensa coletiva. Primeiramente, a Lei n. 223/91 refere-se apenas aos empregadores empresários, restando excluídos, portanto, os não empresários. As dispensas por estes efetuadas, cuja motivação esteja ligada à própria empresa, enquadram-se como dispensas individuais por justificado motivo objetivo, independentemente de seu número.

Essa exclusão contraria a Diretiva n. 59, de 1998, que, ao tratar das dispensas coletivas, abrange qualquer tipo de empregador, não traçando essa diferenciação⁴²². Em virtude de a Itália ter dado execução apenas parcial a essa Diretiva, o País foi acionado pela Comissão Européia junto à Corte de Justiça da União Européia, na causa C-32/2002. A decisão foi proferida em 16 de outubro de 2003, no sentido da condenação da Itália. De fato, como afirmou a Corte:

“As normas italianas que recepcionaram a Diretiva n. 59/98 criaram uma isenção *ope legis* para todos os empregadores que, no âmbito da sua atividade, não perseguem um fim de lucro, mesmo ocupando centenas de pessoas ou gozando de grande relevância econômica. A Comissão cita, a título de exemplo, as associações sindicais, as fundações, os partidos políticos, as sociedades de pessoas, as cooperativas e as organizações não governamentais (...). O termo ‘empregador’, nos termos do art. 1º, §1º, alínea ‘a’, da Diretiva n. 59/98, refere-se também aos empregadores que, no âmbito da sua atividade, não perseguem um fim lucrativo. De fato, como resulta da própria formulação do art. 1º da citada Diretiva, esse dispositivo se aplica às dispensas efetuadas por um ‘empregador’ sem qualquer distinção, de modo que ele é relativo a todos os empregadores. (...) É necessário, portanto, declarar que a República Italiana, não adotando os dispositivos necessários em relação aos empregadores que no âmbito da sua atividade não

⁴²¹ Todavia, como vimos, em alguns casos a dispensa por justificado motivo objetivo pode também resultar de uma razão ligada à pessoa do trabalhador, que não configure uma conduta dolosa ou culposa, como no caso de este perder um requisito essencial para o exercício de sua prestação laborativa (v.g., vencimento da permissão de residência do empregado estrangeiro).

⁴²² Cumpre notar que a primeira Diretiva comunitária sobre o tema da dispensa coletiva é a de n. 129, de 1975, a qual foi modificada pela Diretiva n. 56, de 1992, sendo finalmente substituída pela Diretiva n. 59, de 1998, que revogou as duas anteriores. Esta, em seu segundo considerando, dispõe que “é necessário reforçar a proteção dos trabalhadores em caso de dispensas coletivas, levando em conta a necessidade de um desenvolvimento econômico e social equilibrado na Comunidade”. Enquanto a Diretiva n. 59/98 dispõe que ela se aplica às dispensas efetuadas por empregadores com ao menos 20 empregados, a Lei n. 223/91 prevê a sua aplicação às dispensas ordenadas por empregadores empresários com mais de 15 empregados.

perseguem fins lucrativos, descumpriram as obrigações a ela incumbentes por força da Diretiva n. 59/98”⁴²³.

No entanto, até a presente data a Itália não procedeu a nenhuma alteração legislativa para estender a disciplina das dispensas coletivas aos empregadores não empresários. A disciplina em comento também não se aplica aos dirigentes, o que foi considerado legítimo pela Corte Constitucional na decisão n. 258, de 18 de julho de 1997. Todavia, em alguns setores, eles gozam de uma tutela econômica, prevista pela contratação coletiva, no caso de dispensa efetuada em razão de crise na empresa apurada pela Administração Pública⁴²⁴.

São excluídos também da disciplina das dispensas coletivas os casos de “alcance do termo final nas relações de emprego por tempo determinado, de fim dos trabalhos na construção civil” e as “atividades sazonais ou saltuárias” (art. 4º, §14, e art. 24, §4º, da Lei n. 223/91). Por “fim dos trabalhos na construção civil” se entende, obviamente, a conclusão da obra ou da fase de trabalho e não a cessação da atividade da empresa, como já foi ressaltado pela Corte de Cassação nas decisões n. 9657, de 26 de setembro de 1998, e n. 8506, de 22 de julho de 2000. Trata-se de uma dispensa individual plúrima por justificado motivo objetivo, recaindo sobre o empregador o ônus de provar a impossibilidade de utilizar os trabalhadores em outras obras, como afirmado pela mesma Corte nas decisões n. 1117, de 1º de fevereiro de 2000, e n. 1008, de 23 de janeiro de 2003⁴²⁵.

Nos termos do art. 24, §1º, a dispensa coletiva configura-se quando o empregador que possua mais de quinze empregados, em consequência de uma redução ou transformação da atividade ou do trabalho, efetue, no mínimo, cinco dispensas, no lapso de 120 dias, em cada unidade produtiva, ou em mais unidades produtivas, desde que situadas no âmbito territorial de uma mesma província⁴²⁶. Esse lapso temporal, por força do art. 8º, §4º, da Lei n. 236/93, é contado da conclusão do procedimento de negociação com o sindicato obreiro, que é prévio à realização das dispensas, salvo se o acordo firmado

⁴²³ A Comissão Européia, que ajuizou a ação em tela contra a Itália, alegou ter recebido numerosas reclamações que levaram ao seu conhecimento casos concretos de falta de aplicação das normas italianas sobre a dispensa coletiva aos empregados de entes sem finalidade lucrativa, como a “Confederazione Nazionale dei Coltivatori Diretti” (COLDIRETTI) e a “Confederazione Nazionale delle Imprese di Commercio” (CONFCOMMERCIO). Trata-se de dois entes sindicais que ocupam centenas de pessoas. Decisão da Corte de Justiça da União Européia na causa C-32/02, de 16 de outubro de 2003, Comissão Européia v. República Italiana. Disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/it/search/search_case.html>. Acesso em: 03 mar. 2008.

⁴²⁴ VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 471.

⁴²⁵ VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 472-473.

⁴²⁶ Vide nota de rodapé n. 308. Cumpre notar que, conforme decidido pela Pretura de Milão, em 16 de julho de 1993, o número mínimo de empregados a ser considerado para fins de caracterização da dispensa coletiva é aquele presente no início do procedimento, e não no final deste. MANNACIO, Giorgio. *Qualificazione del rapporto, accesso al lavoro e licenziamenti nella giurisprudenza di merito della Lombardia*. p. 1280.

nessa sede dispor de forma diversa. Cumpre notar que esse prazo de 120 dias é mais favorável ao trabalhador do que aquele de 90 dias previsto pela Diretiva n. 59, de 1998.

A definição legal acima segue aquela contida no referido acordo interconfederativo para o setor industrial, ao se referir à “conseqüência de uma redução ou transformação da atividade ou do trabalho”. Confirmou-se, assim, por meio da conjunção “ou”, a suficiência de uma mera redução do pessoal, desde que efetiva, e não transitória, sem necessidade de uma reestruturação material, nem de um redimensionamento da atividade. Foi confirmado também o requisito do nexo causal (“em conseqüência de”) entre a escolha econômico-organizativa e os postos de trabalho a serem suprimidos. O ônus de provar a subsistência desses requisitos materiais da dispensa coletiva recai sobre o empregador.

Na hipótese de as dispensas, com o objetivo de se esquivar da aplicação das normas em exame e, em particular, do procedimento sindical, sejam efetuadas em período superior a 120 dias, mas sejam relativas à mesma redução ou transformação, pode ser invocada a fraude à lei (art. 1344, do CC/42), com a conseqüente nulidade das dispensas.

No cômputo do número mínimo necessário de empregados da empresa, que, consoante acima afirmado, é de 16 obreiros, é usada a mesma lógica aplicada à dispensa individual, isto é, considera-se o quadro ocupacional normal no período anterior à dispensa coletiva. Em razão do disposto no art. 1º, §1º, da Lei n. 223/91, e na Portaria n. 155/91, do Ministério do Trabalho italiano, são incluídos os trabalhadores em regime de tempo parcial, aqueles contratados a título de formação e trabalho e os aprendizes⁴²⁷. No que tange ao número mínimo de obreiros a serem dispensados, não se computam os trabalhadores sujeitos à dispensa “ad nutum”.

O art. 24, §2º, da Lei n. 223/91 determina expressamente que o procedimento em exame deva ser aplicado no caso das dispensas ocasionadas pela cessação da atividade da empresa. Todavia, como esse dispositivo se aplica apenas às empresas com mais de 15 empregados, as empresas menores e os empregadores não empresários, no caso de cessação da sua atividade, não estão sujeitos à disciplina em comento, sendo as dispensas por eles efetuadas enquadradas como individuais (justificado motivo objetivo).

Os empregados submetidos à dispensa coletiva têm direito de preferência à recontração no caso de novas assunções efetuadas pela empresa no prazo de seis meses após a cessação do contrato de trabalho (art. 8º, §1º, da Lei n. 223/91, art. 15, §6º, da Lei n. 264/49, com a nova redação conferida pelo

⁴²⁷ GALANTINO, Luisa. *Diritto del Lavoro*. p. 546.

art. 6º, §4º, do DL n. 297/2002). Trata-se de direito subjetivo, excluído apenas caso as novas assunções sejam relativas a qualificações profissionais diferentes daquelas detidas por esses empregados ou a tipos contratuais que exijam requisitos que eles não possuam, como afirmado pela Corte de Cassação na decisão n. 14293, de 05 de outubro de 2002. Fazem jus a esse direito de preferência também os empregados dispensados em razão da cessação da atividade empresarial, como esclareceu a Suprema Corte na decisão n. 4825, de 02 de abril de 2001⁴²⁸.

4.1.2.9.2 Procedimento

Conceituada a dispensa coletiva, cumpre analisar o procedimento necessário à sua efetivação. Este é disciplinado analiticamente pela Lei n. 223/91 e seu descumprimento determina a ineficácia das dispensas (art. 4º, §12, e art. 5º, §3º). O seu objetivo é assegurar o controle sindical sobre a redução de pessoal, por meio de direitos de informação e de exame conjunto para a verificação da efetividade e da inevitabilidade, total ou parcial, do redimensionamento programado do pessoal da empresa⁴²⁹.

O empregador deve, primeiramente, enviar um comunicado escrito aos representantes sindicais na empresa, quando existentes, e aos sindicatos territoriais, indicando os motivos que determinam o excedente de pessoal, o número e o perfil profissional dos empregados excedentes, as razões pelas quais não é viável adotar medidas alternativas às dispensas, o período em que pretende efetuar-las e as eventuais providências que pretende adotar para reduzir as conseqüências sociais geradas. A mesma comunicação é enviada à autoridade administrativa regional do trabalho (art. 4º, §§ 2º e 4º).

Se a empresa se enquadra no campo de aplicação da integração salarial extraordinária (sobre a qual falaremos adiante), com conseqüente direito dos trabalhadores à indenização de mobilidade, ela é obrigada, para confirmar a seriedade das suas intenções, a recolher antecipadamente ao INPS uma parte da contribuição especial proporcional ao número de empregados excedentes (art. 4º, §3º) e deve anexar uma cópia do recibo desse recolhimento à comunicação acima referida. Caso, posteriormente, a empresa decida não realizar, no todo ou em parte, as dispensas, ela tem direito a recuperar essa quantia ou compensá-la com aquela devida (art. 4º, §10). O fato de a empresa não efetuar esse recolhimento antecipado ou não completar a quantia devida ao final a torna devedora do ente previdenciário, mas não invalida as dispensas.

⁴²⁸ VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 467-468.

⁴²⁹ VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 476.

Os representantes sindicais na empresa e/ou os sindicatos territoriais, dentro de sete dias do recebimento da comunicação, podem solicitar uma reunião com o empregador, para examinarem, em conjunto, as causas do número excedente de pessoal, a possibilidade de se evitar, no todo ou em parte, as dispensas (v.g., a utilização dos obreiros em outros setores da empresa ou a redução da jornada de trabalho) e, caso isso não seja possível, a possibilidade de se recorrer a medidas sociais de acompanhamento dos trabalhadores dispensados, em particular para a sua requalificação e reconversão (art. 4º, §5º, da Lei n. 223/91, com a nova redação conferida pelo art. 1º, §2º, do DL n. 151/97). O objetivo dessas medidas é buscar atenuar as conseqüências prejudiciais da dispensa.

Cumprir notar que essa alteração legislativa foi feita para conformar o procedimento de informação e consulta previsto na lei italiana aos dispositivos introduzidos pela Diretiva n. 56, de 1992, atualmente contidos no art. 2º, da Diretiva n. 59, de 1998. Assim, *deve* fazer parte da consulta em sede sindical o exame das possíveis medidas de requalificação e de reconversão dos empregados dispensados, as quais, portanto, não podem mais ser “eventuais”, como ocorria anteriormente.

O procedimento em sede sindical deve ser concluído em até 45 dias (art. 4º, §6º). Os sindicatos podem ser assistidos por peritos e especialistas, o que se revela muito importante caso consideremos a complexidade técnica das matérias suscetíveis de informação e de consulta. Outra alteração legislativa produzida pelo DL n. 151/97, para conformar as normas italianas àquelas comunitárias, foi no sentido de estabelecer que as obrigações de informação e de consulta devem ser cumpridas independentemente do fato de que a decisão relativa às dispensas tenha sido tomada pelo empregador ou por uma empresa que o controla (art. 4º, §15bis, da Lei n. 223/91). Assim, mesmo que faça parte de um grupo, a empresa não poderá se subtrair às obrigações de comunicação e de consulta sindical previstas legalmente pelo simples fato de que a decisão de proceder à dispensa coletiva provém da sociedade controladora.

No caso de não ter havido um acordo entre as partes, deve-se comunicá-lo à referida autoridade administrativa, que as convoca para tentar obter o consenso frustrado, formulando eventuais propostas. Esse procedimento deve ser concluído no prazo de 30 dias, salvo que a empresa permita a sua prorrogação, com a continuação das reuniões. Mesmo não obtendo qualquer acordo, em sede sindical ou perante a autoridade pública, o empregador pode proceder às dispensas (art. 4º, §9º, art. 5º, §4º, art. 24, §3º).

O empregador pode ser obrigado, no total, a esperar 82 (7+45+30) dias antes de realizar a dispensa, mas esses prazos são reduzidos à metade se o número de trabalhadores excedentes é inferior a 10 (art. 4º, §8º). Nesse período, as relações de emprego permanecem em vigor para todos os efeitos e os obreiros devem ser remunerados normalmente. O empregador, sob pena de violação do

procedimento e conseqüente ineficácia das dispensas, deve agir, em ambas as fases, com correção e boa-fé⁴³⁰.

Consoante o disposto no art. 4º, §11, da Lei n. 223/91, caso seja firmado um acordo com o sindicato, para o aproveitamento total ou parcial dos trabalhadores excedentes, pode-se estabelecer a colocação destes em funções diversas daquelas até então desenvolvidas na empresa. Além disso, a contribuição por esta devida a título de indenização de mobilidade é reduzida sensivelmente (art. 5º, §4º, e art. 24, §3º, com a nova redação conferida pelo art. 8º, §1º, da Lei n. 236, de 1993), o que configura um incentivo à conclusão do acordo.

Em razão da adoção da pluralidade sindical pelo Direito italiano, na hipótese de o acordo em tela ser sido firmado por sindicato ao qual o trabalhador não se encontra filiado e este se sinta prejudicado, em virtude de ter sido dispensado ou em razão das mudanças sofridas em seu contrato de trabalho, poderá impugná-lo judicialmente⁴³¹.

Exaurido o procedimento em tela, caso se decida, em virtude de um acordo ou na ausência deste, pela dispensa de empregados, estes deverão ser comunicados por escrito pelo empregador, a título de aviso-prévio. As dispensas podem ser sucessivas (não simultâneas), desde que efetuadas no prazo máximo de 120 dias do fim do procedimento, salvo diversa indicação no eventual acordo sindical (art. 8º, §4º, da Lei n. 236/93).

É o empresário, unilateralmente, que individualiza os obreiros a serem dispensados, mas a sua escolha não é livre. Ela deve respeitar, sob pena da invalidade da dispensa (com ônus da prova recaindo sobre o empregador), os critérios ditados pelos contratos coletivos celebrados pelos sindicatos de maior representatividade no âmbito nacional (art. 5º, da Lei n. 223/91). Cumpre notar que eles se aplicam a todos os empregados envolvidos, inclusive àqueles não representados pelos sindicatos que os firmaram e que deles discordam, conforme afirmado pela Corte Constitucional na decisão n. 268, de 1994. Tais critérios devem ser objetivos e gerais e não podem violar normas imperativas, como a proibição de discriminações contida no art. 15, do ET.

Na ausência de norma coletiva, prevalecem os critérios enumerados supletivamente pela lei, os quais correspondem àqueles previstos pelo acordo interconfederativo para o setor industrial de 1965. São eles: os encargos familiares, a antiguidade e as exigências técnico-produtivas e organizativas (art. 5º, §1º, da Lei n. 223/91). Quanto à antiguidade, a jurisprudência majoritária afirma ser ela relativa ao tempo de serviço do obreiro e não à sua idade. No que tange aos encargos familiares, há discussão se

⁴³⁰ VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 479.

⁴³¹ GALANTINO, Luisa. *Diritto del Lavoro*. p. 541.

seriam referentes ao número de dependentes do obreiro ou se seria considerada, de forma prevalente, a sua situação sócio-econômica. Os três critérios devem ser aplicados “em concurso entre si”, mas com possível e razoável prevalência de um deles sobre os demais.

Na escolha dos empregados, deve-se rejeitar, obviamente, qualquer forma de discriminação, como aquela entre homens e mulheres. Por outro lado, devem ser respeitadas as normas legais que reservam um número mínimo de postos de trabalho a obreiros em condições especiais, como os reabilitados (art. 5º, §2º, da Lei n. 223/91)⁴³².

A empresa, concomitantemente à comunicação efetuada aos empregados, deve comunicar também por escrito à autoridade administrativa competente (arts. 3º a 5º, do DL n. 469, de 1997) e aos sindicatos com representação na empresa ou, na sua falta, àqueles filiados às confederações com maior representação, o elenco dos empregados dispensados com uma série de dados individuais e com “indicação detalhada das modalidades por meio das quais foram aplicados os critérios de escolha” (art. 4º, §9º). Esse dispositivo é muito importante, pois obriga o empresário a divulgar imediata e analiticamente as modalidades seletivas aplicadas na escolha e permite o controle pelos sindicatos e pela Administração Pública e, assim, indiretamente, também por parte de cada empregado envolvido⁴³³.

Se essa comunicação for omissa, incompleta, genérica ou tardia, as dispensas são ineficazes, sendo permitida, no entanto, a renovação, com eficácia *ex nunc*, de tal comunicação, como afirmado pelo Pleno (“Sezione Unite”) da Suprema Corte, nas decisões n. 302, de 11 de maio de 2000, e n. 461, de 27 de junho de 2000⁴³⁴.

Face à inobservância das exigências acima descritas, como a forma escrita das comunicações, os procedimentos de consulta e os critérios de seleção dos obreiros, pode-se recorrer ao Poder Judiciário, para se obter a declaração da invalidade da dispensa e conseqüente reintegração do trabalhador. Com efeito, o art. 5º, da Lei n. 223/91, faz referência expressa ao art. 18, do ET⁴³⁵.

⁴³² A Lei n. 68, de 1999, em seu art. 10, §4º, estabelece a proibição de dispensa coletiva ou por justificado motivo objetivo de empregados deficientes caso, ao final do procedimento prévio à dispensa, resulte não preenchida a quota reservada a esses obreiros, mesmo que esse não preenchimento seja anterior à dispensa.

⁴³³ A Corte de Cassação afirmou, notadamente nas decisões n. 4685, de 27 de maio de 1997, e n. 419, de 17 de janeiro de 1998, que não basta a comunicação de critérios abstratos, mas, sim, deve ser explicitada a valoração comparativa concretamente efetuada, com a indicação detalhada das modalidades aplicadas, recaindo sobre o empregador o ônus de provar a efetividade dessa aplicação, conforme a decisão n. 2188, de 15 de fevereiro de 2001, da mesma Corte. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

⁴³⁴ VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 487.

⁴³⁵ Ilustrativamente, a Pretura de Milão decidiu, em 21 de novembro de 1995, que, caso o empregador não indique em suas comunicações as razões que impedem a adoção de medidas alternativas à redução de pessoal, a dispensa coletiva é ineficaz, aplicando-se a sanção prevista no art. 18, do ET. A mesma Pretura, em 06 de junho de 1994, decidiu que as comunicações em tela devem conter adequada e específica motivação das razões da dispensa coletiva, sob pena da ineficácia desta.

LUIGI ANGIELLO destaca a importância da “procedimentalização” imposta pela lei ao exercício do poder pelo empregador. Segundo o autor, a disciplina prevista no art. 4º, da Lei n. 223/91, é caracterizada por um acentuado formalismo, o que evidencia a escolha operada pelo legislador, no sentido de “obter a transparência das decisões do empregador, ao qual são impostas obrigações de informação, de consulta e de confronto”⁴³⁶.

Quanto à forma e aos prazos relativos à impugnação das dispensas coletivas, são previstas regras análogas àquelas aplicáveis à dispensa individual, acima descritas. A impugnação deve ser feita por “qualquer ato escrito, mesmo que extrajudicial, idôneo a tornar conhecida a vontade do trabalhador, inclusive através da intervenção das organizações sindicais”, no prazo decadencial de 60 dias contados do recebimento da comunicação da dispensa (art. 5º, §3º). Além disso, no caso da dispensa coletiva, a lei prevê expressamente que a decadência da impugnação não produz efeitos no caso de despedida não comunicada por escrito (art. 5º, §3º), em conformidade ao entendimento consolidado pela jurisprudência em tema de dispensa individual.

Assim, a dispensa coletiva comunicada sem observância da forma escrita, bem como aquela intimada em violação aos procedimentos descritos, são ineficazes (art. 5º, §3º). A inobservância do procedimento sindical pode também configurar uma conduta anti-sindical, prevista no art. 28, do ET. A consequência da ineficácia da dispensa é a aplicação do art. 18, do ET, com a reintegração do trabalhador. Este, no entanto, pode optar pela indenização substitutiva prevista no art. 18, §5º, do ET, renunciando à reintegração.

Cumprido notar que o campo de abrangência da disciplina da dispensa coletiva é mais amplo do que aquele da tutela real aplicável às dispensas individuais, de modo que o art. 18, do ET, acaba operando, no caso de dispensa coletiva, também nas empresas que, com relação às dispensas individuais, são excluídas do seu âmbito de abrangência.

A lei não prevê a sanção para a dispensa coletiva efetuada sem os seus requisitos materiais. Todavia, considerando que, ausentes esses requisitos, a dispensa não é coletiva e, assim, somente pode ser individual, aplica-se a disciplina relativa a essa última⁴³⁷.

Como observado por PIERGIOVANNI ALLEVA, a Lei n. 223/91 é um diploma “garantidor, mas não ideológico, inspirado no realismo e na co-responsabilização dos sindicatos na busca da solução

MANNACIO, Giorgio. Qualificazione del rapporto, accesso al lavoro e licenziamenti nella giurisprudenza di merito della Lombardia. p. 1280.

⁴³⁶ ANGIELLO, Luigi. La violazione degli obblighi di comunicazione nel licenziamento collettivo. *Il Diritto del Lavoro*, Roma, Fondazione Diritto del Lavoro L. A. Miglioranza, ano LXXVIII, n. 03-04, p. 947-956, mai./ago. 2004. p. 955-956.

⁴³⁷ VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 489.

adequada à crise ocupacional, e ao melhor emprego dos não escassos recursos e providências previstos e tornados disponíveis pelo próprio texto normativo.”⁴³⁸.

4.1.2.9.3 A Caixa de Integração Salarial

A “Cassa Integrazione Guadagni” (CIG), ou “Caixa de Integração Salarial”, é um mecanismo previdenciário para a integração ou substituição da remuneração de empregados pertencentes a determinadas categorias previstas em lei, que se encontram em condições econômicas adversas em razão da suspensão, total ou parcial, da atividade laborativa ocasionada por fatores legalmente previstos e alheios à sua vontade. A CIG se mostrou um instrumento muito útil para empresas em dificuldades, que, nos momentos econômicos mais difíceis, suspendiam os trabalhadores, enquanto implementavam um programa de reestruturação para readquirir a capacidade produtiva. A legitimidade constitucional desse mecanismo, que tutela o trabalhador contra o que seria uma dispensa inevitável, foi afirmada pela Corte Constitucional na decisão n. 439, de 09 de dezembro de 1991.

Há, na verdade, duas espécies de CIG: a ordinária, cujos benefícios são pagos por ocasião de eventos transitórios, não imputáveis ao empresário, ou por situações temporárias de mercado, dependendo esse pagamento da aprovação pelo INPS; e a extraordinária, cujos benefícios são devidos em hipóteses de crises econômicas setoriais ou locais, de reestruturação, reorganização ou reconversão empresariais, de falência, concordata preventiva, liquidação administrativa forçada ou administração extraordinária. Em virtude da maior gravidade das situações contempladas, foi prevista uma duração maior para o benefício extraordinário, cujo pagamento depende de autorização por Decreto do Ministro do Trabalho e da Previdência Social⁴³⁹.

Além disso, enquanto os benefícios da CIG ordinária são financiados pelas contribuições das empresas, em percentagem variável conforme o número de empregados, o financiamento da CIG extraordinária é feito em parte pelo Estado e em parte através das contribuições de empregados e empregadores.

Para a identificação dos empregados cujas relações de trabalho serão suspensas por meio da CIG, deve-se seguir os critérios estabelecidos na negociação com o sindicato e, quando possível, devem ser observados mecanismos de rodízio. De todo modo, não pode haver discriminações, devendo

⁴³⁸ ALLEVA, Piergiovanni. Presente e futuro dei licenziamenti per ragioni economico-produttive. *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma, EDIESSE, ano LVII, n. 01, p. 65-86, jan./mar. 2006. p. 65.

⁴³⁹ VALLEBONA. Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 322.

a escolha ser razoável e coerente com a finalidade do instituto. A não ocorrência injustificada desse rodízio gera a ilegitimidade das suspensões individuais, conforme já decidido pela Corte de Cassação⁴⁴⁰. As empregadas que são mães não podem ser suspensas do trabalho durante todo o período em que a sua dispensa é proibida pela lei, salvo no caso de suspensão de toda a atividade da empresa ou da repartição em que labora (art. 54, §4º, do DL n. 151, de 2001).

Por meio da estipulação dos chamados contratos de solidariedade, que visam evitar as dispensas, pode-se reduzir a jornada de trabalho (art. 1º, da Lei n. 863, de 1984). Tais contratos são fortemente incentivados durante um certo período com o acréscimo, na intervenção da CIG, de isenções contributivas e pagamento de benefícios às empresas e aos trabalhadores (art. 5º, da Lei n. 236, de 1993)⁴⁴¹.

A CIG extraordinária vem sendo o principal “amortizador social” (prestação da Seguridade Social) utilizado para lidar com a situação de excesso de pessoal nas empresas, a partir dos anos 1970. A Lei n. 223/91 modificou-a significativamente, limitando a integração salarial a um período de tempo razoável e às hipóteses em que de fato seja previsível a retomada da normalidade da relação de trabalho dos empregados suspensos. O diploma permite, ainda, que a empresa proceda à dispensa coletiva sem recorrer previamente à CIG extraordinária, transferindo, assim, a tutela previdenciária assegurada aos trabalhadores excedentes ao período sucessivo à extinção da relação de emprego. Essa garantia previdenciária é denominada “indenização de mobilidade” (“*indennità di mobilità*”), a qual, ao contrário da integração salarial, não é alternativa à dispensa, mas, sim, a pressupõe. Assim, os trabalhadores realmente excedentes são dispensados e, nesse momento, passam a receber essa indenização, além de contarem com ações que visam auxiliar a sua recolocação.

Importa notar que a indenização de mobilidade, com o correlato dever de contribuição para financiá-la a cargo do empregador, não é prevista para todas as hipóteses de dispensa coletiva, mas apenas no caso de esta atingir trabalhadores que se encontram em regime de CIG extraordinária e, de todo modo, caso a dispensa seja intimada por empresas abrangidas pelo campo de incidência dessa CIG (arts. 4º, 7º, 16, §1º, e 24, §3º).

⁴⁴⁰ A Suprema Corte também já decidiu que as razões organizativas que impedem o rodízio e os critérios de seleção a serem adotados devem ser objeto de consulta sindical, sob pena de ilegitimidade do ato de concessão da CIG extraordinária. A Corte reconheceu ao trabalhador ilegitimamente suspenso o direito ao recebimento das suas remunerações. Ela também considerou legítimo o contrato coletivo que fixou como critério seletivo a proximidade do trabalhador em se aposentar. O ato administrativo que nega a concessão dos benefícios da CIG pode ser impugnado pelo empregador ou pelos trabalhadores interessados perante o juiz administrativo, conforme decidido pela mesma Corte. In VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 323.

⁴⁴¹ VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 324.

A Lei n. 223/91 distingue a dispensa coletiva para redução de pessoal (art. 24) da colocação em mobilidade (arts. 4º e 5º). Esta, no entanto, nada mais é do que a dispensa coletiva intimada por uma empresa, já admitida ao regime de integração salarial extraordinária, aos trabalhadores suspensos que se tornam definitivamente excedentes. Tanto é assim que a disciplina aplicável em ambas as hipóteses é a mesma⁴⁴².

A diferença entre as duas situações é extrínseca e eventual, sendo relativa à tutela previdenciária conferida no período sucessivo à dispensa, pois que a indenização de mobilidade, que é sempre devida aos empregados colocados em mobilidade (art. 7º), deve ser paga também aos obreiros dispensados coletivamente quando a empresa se enquadre no campo legal de aplicação da integração salarial extraordinária (art. 16, §1º). Desse modo, no caso das empresas não abrangidas nesse campo, quando ocorre a dispensa coletiva, os empregados não têm direito a essa indenização e o correlato empregador não é obrigado ao pagamento da respectiva contribuição previdenciária, prevista pelo art. 5º, §4º⁴⁴³.

No caso da colocação em mobilidade, a situação que legitima a dispensa resulta da combinação entre o programa que havia permitido a intervenção da CIG extraordinária (“reestruturação, reorganização ou conversão empresarial” – art. 1º, §3º) e a impossibilidade superveniente “de garantir a reocupação de todos os trabalhadores suspensos” (art. 4º, §1º). Desse modo, é suficiente a definitiva eliminação de um certo número de postos de trabalho, mesmo que inferior a cinco⁴⁴⁴.

Para que possa proceder à dispensa, ademais, é necessário que a empresa “não possa recorrer a medidas alternativas”, “não possa adotar medidas idôneas para solucionar a referida situação [excedência de pessoal] e evitar, em todo ou em parte, a declaração de mobilidade” e não considere possível a “utilização diversa desse pessoal, ou de uma parte dele, no âmbito da própria empresa” (art. 4º, §§1º, 3º, e 5º). Cumpre notar que o empregador não é obrigado, antes de proceder à dispensa coletiva, a solicitar a concessão ou a prorrogação da integração salarial, pois que esta pressupõe uma perspectiva de reocupação dos trabalhadores suspensos (art. 4º, §§1º e 13)⁴⁴⁵.

O trabalhador dispensado deve se inscrever nas listas regionais de mobilidade, geridas pela delegacia regional do trabalho (“ufficio regionale del lavoro”), para ter preferência na recolocação

⁴⁴² Na hipótese de colocação em mobilidade, a observância da disciplina da dispensa coletiva é obrigatória se a empresa tenha ocupado, em média, mais de 15 empregados no semestre anterior à data da apresentação da solicitação de integração salarial extraordinária (art. 1º, §1º, da Lei n. 223/91).

⁴⁴³ VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 472.

⁴⁴⁴ Vide, nesse sentido, a decisão da Corte de Cassação n. 14736, de 17 de outubro de 2002. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom. Vide também TOFFOLETTO, Franco, ZAMBELLI, Angelo. *La disciplina dei licenziamenti: i licenziamenti individuali e collettivi, il processo del lavoro, le procedure conciliative e d'arbitrato nei contratti collettivi*. 3ª ed. Milão: Pirola, 1995. p. 171.

⁴⁴⁵ VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 475-476.

profissional e receber a indenização de mobilidade. Esta é paga por um período máximo de 12 meses, elevado a 24 meses, no caso de trabalhadores com mais de 40 anos, e a 36 meses, no caso daqueles com mais de 50 anos. De todo modo, a indenização não pode ser paga por um período maior do que o tempo de serviço do empregado na empresa. O seu valor corresponde, nos primeiros 12 meses, a 100% do valor do benefício pago pela CIG extraordinária, e, após esse período, a 80% desse valor. Além disso, para ter direito ao recebimento dessa indenização, o empregado tem que contar com ao menos 12 meses de serviço na empresa, dos quais no mínimo 6 meses devem ser de trabalho efetivamente prestado, aí incluídos os períodos de férias, feriados e de afastamento por acidente de trabalho. Além disso, o seu contrato de emprego deve ter sido celebrado por tempo indeterminado (art. 7º, §§1º e 4º e art. 16, §1º, da Lei n. 223/91).

O mecanismo da colocação em mobilidade é, em grande parte, financiado pelas próprias empresas. Estas devem recolher ao INPS, no momento da comunicação das dispensas, uma contribuição cujo montante equivale ao valor máximo mensal de integração salarial multiplicado pelo número de empregados tidos como excedentes (art. 4º, §3º). Além disso, devem também depositar, em trinta prestações mensais, um valor equivalente a 6 mensalidades iniciais da indenização de mobilidade (art. 5º, §4º).

PIERGIOVANNI ALLEVA, entre outros autores, critica o fato de o atual sistema de “amortizadores sociais” do tipo preventivo, como a CIG, ser limitado por lei, essencialmente, ao setor industrial. Nesse sentido, ele defende a criação de um sistema coeso de “amortizadores sociais” preventivos, de aplicação geral e ao qual o empregador tenha que recorrer obrigatoriamente⁴⁴⁶.

Segundo o autor, caso adotada a sua proposta, a dispensa coletiva poderia ser impugnada e anulada em razão da ausência do recurso prévio pelo empregador às medidas que permitem lidar com o excedente de pessoal, com a conservação da relação de emprego, as quais deveriam ser previstas pela lei ou pela contratação coletiva. Obviamente, no caso de total insubsistência da razão alegada pelo empregador para recorrer a essas medidas, ele seria condenado pelo recurso abusivo aos “amortizadores sociais”⁴⁴⁷.

4.1.2.9.4 A gestão do excesso de pessoal na Administração Pública

⁴⁴⁶ Tiziano Treu pondera que o objetivo da continuidade das relações de trabalho deve ser perseguido inclusive por meio do recurso aos amortizadores sociais. Estes, no entanto, devem ser usados somente se forem “funcionais ao reemprego das pessoas na atividade em questão, e não para permitir apenas um prolongamento de relações que, de todo modo, são destinadas à extinção”. TREU, Tiziano. *Proposte di riforma del lavoro*. p. 422.

⁴⁴⁷ ALLEVA, Piergiovanni. *Presente e futuro dei licenziamenti per ragioni economico-produttive*. p. 66-67.

O problema do excesso de pessoal na Administração Pública é regulado pelo DL n. 165/2001 (arts. 33 e 34). Este se refere expressamente aos dispositivos da Lei n. 223/91, ressalvando, no entanto, a disciplina especial por ele prevista. Esta determina a realização de um procedimento sindical caso os trabalhadores excedentes sejam ao menos 10 no período de um ano (art. 33, §2º). O procedimento inicia-se com uma comunicação escrita à representação sindical unitária e aos sindicatos que firmaram o contrato coletivo nacional, cujo conteúdo é análogo ao da comunicação prevista para a dispensa coletiva nas empresas privadas.

Por solicitação dos sindicatos, segue uma primeira fase de consulta para verificar a possibilidade de um acordo sobre a recolocação, total ou parcial, do pessoal excedente no âmbito do próprio ente (inclusive mediante a flexibilização de horário) ou junto a outros entes administrativos, segundo critérios e procedimentos estabelecidos nos contratos coletivos nacionais (art. 33, §§4º e 6º, e art. 30). Se essa consulta não se conclui com um acordo no prazo de 45 dias, os sindicatos podem solicitar o prosseguimento da negociação, respeitado o prazo final de 60 dias contados da comunicação inicial (art. 33, §5º).

O eventual acordo pode prever, a exemplo do setor privado, a manutenção dos trabalhadores por meio da sua colocação em funções diferentes, ainda que não equivalentes (art. 33, §1º). Após a conclusão do procedimento, o ente coloca em disponibilidade os trabalhadores ainda excedentes e aqueles que recusaram a recolocação junto a outros entes administrativos (art. 33, §7º). A escolha dos obreiros a serem colocados em disponibilidade é efetuada segundo as mesmas modalidades previstas para o setor privado (art. 33, §1º, que se refere expressamente ao art. 5º, §§1º e 2º, da Lei n. 223/91).

Os trabalhadores colocados em disponibilidade não trabalham e não são remunerados, mas recebem uma indenização igual a 80% do seu salário e da indenização integrativa especial por um período máximo de 24 meses, os quais são computados como tempo de serviço para todos os efeitos, inclusive para fins de aposentadoria (art. 33, §8º). O custo da indenização e do recolhimento da contribuição previdenciária é suportado pelo ente administrativo (art. 34, §4º).

Se o trabalhador em disponibilidade, inscrito em um elenco específico, não encontra, nem mesmo mediante a sua requalificação profissional, uma recolocação em outro ente administrativo, a relação de trabalho extingue-se automaticamente ao final do citado período de 24 meses (art. 34, §4º). Em virtude de contarem com o mecanismo da disponibilidade com percepção da referida indenização,

por um período considerável, resta evidente que os empregados públicos gozam de um tratamento legal superior àquele assegurado aos obreiros do setor privado⁴⁴⁸.

4.1.2.10 Indenização de antiguidade e Fundo de Garantia

O Código Civil italiano, na redação original de seu art. 2.120, previa que o empregado, ao final do contrato de trabalho por tempo indeterminado, receberia uma indenização, calculada com base em sua remuneração e no seu tempo de serviço, de acordo com os critérios nele mencionados. Eram excluídas expressamente as hipóteses em que o empregado pedia demissão ou era dispensado por justa causa, o foi revogado pela Lei n. 604/66. Outras exclusões efetuadas pela ordem jurídica, como a dos dirigentes e dos aprendizes (art. 10, da Lei n. 604/66), foram declaradas inválidas pela Corte Constitucional.

A Lei n. 297/82 estendeu essa indenização aos contratos por prazo determinado, cuidando também de modificar alguns critérios de seu cálculo. O instituto passou a ser denominado “trattamento di fine rapporto” (t.f.r.), sendo devido em qualquer hipótese de cessação do contrato de trabalho⁴⁴⁹. O t.f.r. diferencia-se da anterior indenização de antiguidade essencialmente pelo sistema de cálculo, pois que esta resultava do produto de uma quota da última retribuição pelo número de anos de serviço, ao passo que aquele corresponde à soma de quotas de retribuição recolhidas anualmente. Tal quota consiste no valor da remuneração anual do trabalhador dividido por 13,5⁴⁵⁰.

O empregado pode requerer uma parte do valor dessa indenização em adiantamento, no curso do contrato, se presentes determinadas hipóteses, como despesas médicas e a aquisição da primeira casa para si ou para os filhos (art. 2.120, §§ 6º e 8º, do CC/42). Em virtude de esse valor advir diretamente do patrimônio da empresa, o legislador estabelece algumas limitações, como o fato de esta não ser obrigada a pagá-lo se estiver em dificuldades financeiras (art. 4º, §3º, da Lei n. 297/82).

A Diretiva comunitária n. 987, de 1980, modificada pela Diretiva n. 74, de 2002, impõe aos Estados-membros adotarem disposições para a tutela dos obreiros quando o crédito trabalhista

⁴⁴⁸ VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 492.

⁴⁴⁹ “A extensão da indenização por antiguidade a toda hipótese de cessação do contrato de trabalho evidencia uma evolução da natureza jurídica do instituto. Na disciplina originária do Código Civil, que previa o pagamento da indenização exclusivamente para as hipóteses de dispensa *ad nutum*, o instituto parecia configurar-se como um prêmio de lealdade ou como indenização de natureza previdenciária. Após a Lei de 1966 e as decisões da Corte Constitucional, esta assume evidente natureza de retribuição diferida, exigível em toda hipótese de cessação do contrato.” GALANTINO, Luisa. *Diritto del Lavoro*. p. 570. Tradução nossa. Antonio Álvares da Silva observa que também a ordem jurídica do Peru prevê essa indenização quando a dispensa é motivada por justa causa obreira. *Proteção contra a dispensa na nova constituição*. p. 184.

⁴⁵⁰ GHERA, Edoardo. *Diritto del lavoro*. p. 169.

permaneça insatisfeito em razão da insolvência do empregador. O legislador italiano, inicialmente, deu atuação a essa Diretiva apenas em relação ao crédito referente ao t.f.r., instituindo, pela Lei n. 297/82, um Fundo de Garantia junto ao INPS.

Esse fundo, formado por contribuições pagas exclusivamente pelos empregadores, é responsável pelo pagamento do crédito relativo ao t.f.r. no caso de insolvência do empregador causada por procedimentos de execução concursal, entre os quais são expressamente elencados pela lei a falência, a concordata preventiva, a liquidação administrativa forçada e a administração extraordinária de grandes empresas em crise. A garantia do Fundo abrange também os trabalhadores de empregadores não sujeitos a procedimentos de execução concursal no caso de a execução individual restar frustrada em virtude da insolvência do patrão (art. 2º, §5º, da Lei n. 297/82). O crédito pago pelo Fundo abrange os juros e a correção monetária, relativos, inclusive, ao período posterior à abertura da execução concursal, conforme entendimento reiterado da Corte de Cassação⁴⁵¹.

O trabalhador pode dirigir ao Fundo o pedido para o pagamento do seu crédito após 15 dias do depósito do estado passivo, na falência e na liquidação administrativa forçada, e da sentença de homologação, na concordata preventiva. O pagamento deve ocorrer no prazo de 60 dias contados desse pedido, não sendo necessário que o obreiro forneça documentação ulterior, além do estado passivo ou da prova da execução frustrada.

De fato, como já decidido pela Corte de Cassação, seguindo o entendimento expresso pela Corte Constitucional na decisão n. 537, de 05 de dezembro de 1990, “a obrigação do Fundo de Garantia, no caso de insolvência do empregador é consequência da simples verificação da existência do direito de crédito do empregado em relação ao empregador e da inadimplência da obrigação (demonstrada pelo procedimento concursal ou por aquele executivo individual) e, portanto, não pode ser subordinada à produção, por parte do trabalhador, de documentação ulterior”⁴⁵².

Ao pagar esse crédito, o Fundo subroga-se no direito do trabalhador de recebê-lo do empregador, gozando também do privilégio que aquele detém sobre o patrimônio empresarial (art. 2º, §7º, da Lei n. 297/82). O crédito do Fundo é equiparado aos demais créditos trabalhistas, sem gradação ou precedência, como já decidido pela Suprema Corte⁴⁵³.

⁴⁵¹ VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 651.

⁴⁵² Decisão da Corte de Cassação n. 18136, de 10 de agosto de 2006, INPS v. C.M.T. *Il lavoro nella giurisprudenza*, Milão, IPSOA, ano XV, n. 02, fev. 2007. p. 203. Vide também GIOVANARDI, Carlo Alberto, GUARNIERI, Guerino, LUDOVICO, Giuseppe, TREGLIA, Giorgio. Commento alla sentenza della Corte di Cassazione 10 agosto 2006, n. 18136. *Il lavoro nella giurisprudenza*, Milão, IPSOA, ano XV, n. 02, p. 203-204, fev. 2007.

⁴⁵³ Decisão da Corte de Cassação n. 1586, de 21 de fevereiro de 1997. In VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 652.

A limitação da garantia em questão apenas ao crédito relativo ao t.f.r. constituía um inadimplemento da Diretiva n. 987, de 1990, o que gerou a condenação do Estado italiano pela Corte de Justiça da União Européia, em 02 de fevereiro de 1989. Em razão da inércia do legislador italiano em se adequar às normas comunitárias, o País foi novamente condenado pela Corte, em 19 de novembro de 1991, a qual reconheceu o direito do trabalhador, lesado pela falta de atuação da diretiva, de ser ressarcido pelo Estado italiano.

Frente às sérias conseqüências dessa última decisão, finalmente foi promulgado na Itália um diploma, que não apenas dá atuação à diretiva, mas também regula as conseqüências geradas pelo inadimplemento anterior por parte do Estado italiano (DL n. 80, de 1992, que executa a delegação contida no art. 48 da Lei n. 428, de 1990). Na nova disciplina, o Fundo de Garantia, nas mesmas hipóteses de insolvência do empregador acima descritas, também assegura o pagamento dos créditos trabalhistas relativos aos últimos três meses da relação de emprego, desde que compreendidos nos doze meses anteriores à abertura do procedimento de execução concursal ou ao início da execução (no caso dos empregadores não sujeitos a este). Além disso, a quantia paga pelo Fundo não pode superar o limite máximo previsto em lei (art. 2º, §2º, do DL n. 80/92).

O trabalhador, no entanto, não pode recorrer ao Fundo caso perceba rendas alternativas advindas de trabalho ou de benefícios previdenciários no período imediatamente anterior ou posterior ao fim da relação de emprego (art. 2º, §4º, do DL n. 80/92). Percebe-se, assim, a grande diferença em relação à garantia dada pelo Fundo ao pagamento do t.f.r., a qual não é submetida a essa condição. O direito à percepção do pagamento pelo Fundo prescreve-se em um ano, contado do momento em que o trabalhador pode apresentar o seu pedido, acima referido (art. 2º, §5º, do DL n. 82/92).

Cumprir notar que a Diretiva n. 74, de 2002, ao acrescentar uma Seção III *bis* à Diretiva n. 987, de 1980, prevê que, em caso de situações transnacionais, o organismo de garantia competente é aquele do Estado-membro em cujo território o trabalhador prestava habitualmente a sua atividade.

4.1.2.11 Garantias trabalhistas *versus* flexibilização: algumas considerações sobre a reforma implementada pelo DL n. 276/2003 e a parassubordinação

A ordem jurídico-trabalhista italiana, com destaque ao Estatuto dos Trabalhadores, foi construída como um sistema de garantias, materiais e processuais, notavelmente avançado. Ao longo da exposição acima feita, procuramos evidenciar essa constatação no que tange à proteção contra a

dispensa, mas ela se aplica a diversos outros institutos, que visam tutelar a dignidade, a liberdade e a segurança dos trabalhadores.

Todavia, sobretudo a partir dos anos 1980, sob a influência da ideologia ultraliberal, começou-se a discutir acerca dos obstáculos criados por essa tutela à gestão da força de trabalho, que conduziria à perda da competitividade e vitalidade das empresas⁴⁵⁴.

Nesse contexto, passou-se a debater, com frequência cada vez maior, a revisão de algumas normas do Estatuto dos Trabalhadores, entre as quais o art. 18, propondo-se a substituição da reintegração por uma tutela de caráter pecuniário. Sustentava-se que uma maior flexibilidade favoreceria o desenvolvimento das empresas e a conseqüente geração de empregos⁴⁵⁵.

O Projeto de Lei n. 848/2001, de autoria do Governo de centro-direita, em consonância com a sua anterior declaração de intenções (o denominado “Libro Bianco” sobre o mercado de trabalho, de outubro de 2001), previa determinadas hipóteses de derrogação ao art. 18, do ET. Esse “Libro Bianco” afirma que as reformas no mercado de trabalho deveriam ser efetuadas de acordo com um novo modelo: o “diálogo social”. Este substituiria o “modelo concertativo” (por meio do qual se busca um acordo com as organizações sindicais como condição para a realização de reformas), prevalente nos anos 1990, face à sua suposta inviabilidade “para enfrentar a nova dimensão dos problemas econômico-sociais”. No método do diálogo social, mesmo não obtido o acordo, o Governo prosseguiria com a reforma, fazendo valer a sua autoridade, prescindindo, assim, da busca de “unanimidades extenuantes”⁴⁵⁶.

Esse método, no entanto, foi usado apenas em parte pelo Governo Berlusconi (2001-2006). Após um confronto inicial com os sindicatos, pela recusa ideológica do modelo concertativo, o Governo acabou por adotá-lo, pois seria mais vantajoso politicamente do que “bater de frente” com o movimento sindical, que poderia, em reação, se unir, tornando-se mais forte⁴⁵⁷. Talvez seguindo a velha máxima “dividir para governar”, o Governo de centro-direita preferiu buscar um “acordo” com os sindicatos, o que levou as centrais a se dividirem. Assim, a “Confederazione Italiana Sindacati Lavoratori” (CISL) e a “Unione Italiana del Lavoro” (UIL) assinaram com o Governo e com os sindicatos patronais o denominado Pacto para a Itália (“Patto per l’Italia”), em 2002, para a realização

⁴⁵⁴ PERONE, Giancarlo. *Lo Statuto dei Lavoratori*. p. 203-204.

⁴⁵⁵ Pietro Ichino, ilustrativamente, defende a modificação do regime atual, por meio da substituição da tutela real por aquela indenizatória (a qual corresponderia à atual tutela obrigatória com algumas alterações). ICHINO, Pietro. Intervento. Il post referendum dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori (Tavola rotonda). *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma, EDIESSE, ano L, n. 02, p. 411-416, abr./jun. 1999.

⁴⁵⁶ MARTONE, Michel. *Governo dell’economia e azione sindacale*. Pádua: CEDAM, 2006. p. 221.

⁴⁵⁷ MARTONE, Michel. *Governo dell’economia e azione sindacale*. p. 224.

da reforma do mercado de trabalho. Dele constava a proposta de derrogação do art. 18, do ET, embora de forma mais restrita do que no aludido projeto de lei⁴⁵⁸.

A “Confederazione Generale Italiana del Lavoro” (CGIL), por sua vez, se recusou a assinar esse Pacto. Merece nota a mobilização por ela organizada, no dia 23 de março de 2002, quando conseguiu levar à praça pública mais de 2 milhões de pessoas, em protesto contra a derrogação do art. 18, do ET. No mês de abril do mesmo ano, a CGIL organizou também uma greve geral como forma de protesto. Como observa PIERGIOVANNI ALLEVA, por meio dessas manifestações “os trabalhadores demonstraram compreender que, defendendo o artigo 18, defende-se o Direito do Trabalho em sentido amplo”⁴⁵⁹.

Essa cisão no movimento sindical tinha precedentes. Em julho de 2001, apenas a CISL e a UIL – mas não a CGIL – haviam assinado, com a Prefeitura de Milão e o Governo da região da Lombardia, um acordo denominado “Intesa Milano Lavoro”, que permitia a redução de tutelas trabalhistas para, supostamente, favorecer a ocupação de trabalhadores considerados em situação de desvantagem, como os extra-comunitários⁴⁶⁰.

No Pacto para a Itália, o Governo se comprometeu a “envolver as partes sociais na fase de elaboração, emanção e implementação da reforma do mercado de trabalho”⁴⁶¹. A nosso ver, trata-se de uma estratégia: ao invés de impor a reforma unilateralmente, ela é realizada por meio de um acordo com os sindicatos (na verdade, com apenas parte deles, pois a maior central sindical italiana – a CGIL – não o firmou), o que lhe confere uma suposta legitimidade, uma aparência democrática. É uma forma também de se isentar, ao menos em parte, da responsabilidade pelos efeitos negativos das medidas introduzidas; afinal, os trabalhadores não poderiam reclamar do Governo, pois eles mesmos “concordaram” com a reforma, através de seus representantes sindicais.

Cumprir notar que o referido projeto de lei previa também a denominada “derrogabilidade assistida”, que permitiria ao trabalhador, auxiliado por seu sindicato, acordar com a empresa a

⁴⁵⁸ A hipótese remanescente era a exclusão da aplicação do art. 18 às novas contratações, exceto no caso das empresas que, na entrada em vigor da alteração legislativa, já se encontravam no âmbito da tutela real. Desse modo, as empresas pequenas já existentes (às quais se aplicava a tutela obrigatória), mesmo efetuando novas contratações, e as de nova constituição (independentemente de sua dimensão), não estariam sujeitas à tutela real. Isso conduziria a distorções, pois que grandes empresas, apenas porque constituídas após a alteração legislativa, gozariam de tal “benefício”, devendo pagar apenas uma indenização (insignificante, se comparada ao seu patrimônio) para dispensar imotivadamente um empregado. Isso sem falar da possível prática de fraudes, como o fechamento e posterior abertura da mesma empresa, apenas para se esquivar da tutela real. Em razão disso, a CGIL recusou-se a assinar o aludido Pacto. In STOLFA, Francesco. “Il Patto per l’Italia innesca l’abrogazione progressiva dell’art. 18 dello Statuto”. Disponível em <<http://www.dielle.it/Approf/Patto%20per%20l'Italia%20-%20Stolfa.htm>>. Acesso em: 02 ago. 2005.

⁴⁵⁹ ALLEVA, Piergiovanni. Intervento. Il post referendum dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori (Tavola rotonda). p. 410.

⁴⁶⁰ MARTONE, Michel. *Governo dell’economia e azione sindacale*. p. 222.

⁴⁶¹ MARTONE, Michel. *Governo dell’economia e azione sindacale*. p. 225.

desaplicação, no plano do contrato individual, de determinadas normas imperativas (previstas na lei ou no contrato coletivo)⁴⁶².

Foi então editada a Lei n. 30, em 14 de fevereiro de 2003, que delegava ao Poder Executivo a regulação de matérias relativas ao emprego e ao mercado do trabalho. Nesta não constava a referida derrogação ao art. 18, do ET, nem a figura da derogabilidade assistida. Esse diploma foi regulado pelo Decreto Legislativo n. 276, de 10 de setembro de 2003, conhecido como Decreto Biagi.

Do ponto de vista formal, o DL n. 276/2003 não introduziu mudanças na disciplina dos institutos fundamentais do direito individual e coletivo do trabalho, dentre eles a dispensa individual⁴⁶³. Mas o mesmo não se pode dizer quanto à sua substância⁴⁶⁴. Ao longo dos seus 86 artigos, foi prevista uma série de tipos contratuais, que podem ser estabelecidos por tempo determinado e oferecem ao trabalhador um tratamento normativo inferior ao tradicional contrato empregatício, em termos de remuneração e tutelas⁴⁶⁵. Demais disso, ampliou a possibilidade de se recorrer à terceirização da mão-de-obra, que, em dadas hipóteses, pode ser por tempo indeterminado, inclusive em relação a atividades-fim da empresa. Cita-se, ainda, a maior flexibilização do contrato de trabalho a tempo parcial - como a possibilidade da prestação de horas suplementares - eliminando as restrições impostas pelo DL n. 61/2000.

O DL n. 276/03 também alterou a disciplina da figura da parassubordinação. Esta foi definida pela primeira vez pelo art. 2º, da Lei n. 741, de 1959, e, posteriormente, foi prevista pelo art. 409, §3º, do CPC, com a reforma efetuada pela Lei n. 533, de 11 de agosto de 1973. O DL n. 276/2003, em seu art. 61, ao prever a figura do trabalho parassubordinado a projeto, faz referência ao art. 409, §3º, do CPC, mencionando expressamente as “relações de colaboração coordenada e continuada, prevalentemente pessoal e sem vínculo de subordinação”, mais conhecidas como “co.co.co.”.

⁴⁶² Antonio Vallebona defende esse instituto, afirmando que ele possibilitaria o atendimento das exigências concretas das partes, o que não é possível através de normas gerais e abstratas inderrogáveis, e que eliminaria o problema de processos trabalhistas longos e dispendiosos, vez que ao juiz não seria permitido interferir no mérito do acordo feito entre as partes. In VALLEBONA, Antonio. La riforma del mercato del lavoro: cambia poco ed è sbagliata. *Il Diritto del Lavoro*, Roma, Fondazione Diritto del Lavoro L. A. Miglioranza, ano LXXVII, p. 191-197, mai./jun. 2003. p. 194. Não concordamos, *data venia*, com tal posição, até porque se criaria um círculo vicioso: a redução das tutelas do trabalhador, tornando-o mais desprotegido, diminuiria a sua participação e o seu apoio ao sindicato; este, enfraquecido, resistiria ainda menos à espoliação das garantias obreiras no plano do contrato individual.

⁴⁶³ Vide VALLEBONA, Antonio. Introduzione alla riforma dei lavori. *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, Milão, Il Sole 24 Ore, ano LXXVI, p. 06-08, dez. 2003. p. 06 e PERONE, Giancarlo. Riforma, Rivoluzione, Ritocco: quale genere di novità il D. Lgs. n. 276 del 2003 introduce nella legislazione lavoristica?. *Il Diritto del Lavoro*, Roma, Fondazione Diritto del Lavoro L. A. Miglioranza, ano LXXVIII, p. 1193-1210, mai./ago. 2004. p. 1193-1195.

⁴⁶⁴ No sentido de que houve a manutenção puramente formal dos institutos juslaborais fundamentais, que foram submetidos a princípios radicalmente contrários à sua finalidade originária, vide PERULLI, Adalberto. Introduzione. *Impiego flessibile e mercato del lavoro*. coord. Adalberto Perulli. Turim: G. Giappichelli, 2004.

⁴⁶⁵ TREU, Tiziano. *Diritto del Lavoro: discontinuità e interdipendenze*. Palestra proferida no Congresso “Il nuovo volto del Diritto Italiano del Lavoro”, realizado na Accademia Nazionale dei Lincei, em Roma, em 13/12/2004.

De acordo com o Decreto Biagi, as relações de trabalho parassubordinado, para serem válidas, devem se enquadrar em um “contrato de trabalho a projeto”, o qual ficou conhecido como “co.co.pro.”. Todavia, é excluída da nova disciplina uma série de hipóteses, como os colaboradores da Administração Pública, para os quais ainda é válida a estipulação de relações de colaboração continuada e coordenada fora do âmbito do contrato a projeto, e, assim, por tempo indeterminado.

Na essência, a diferença entre a “co.co.co.” e a “co.co.pro.” é que nesta o tomador de serviços deve especificar o projeto em que o trabalhador irá atuar. Todavia, a noção de projeto é extremamente ampla, vaga e imprecisa, permitindo o enquadramento das mais diversas atividades e modalidades de execução. Além disso, não há no DL n. 276/03 uma norma que proíba a renovação continuada da “co.co.pro.”, o que possibilita a perpetuação dessa forma contratual precária, por meio de uma série de renovações encadeadas uma à outra, indefinidamente, inclusive em relação a projetos ou programas análogos⁴⁶⁶.

A CGIL, maior central sindical obreira, é contrária à parassubordinação, pois os empregadores terão, evidentemente, todo o interesse em recorrer a esses colaboradores, cujo custo atualmente é cerca da metade daquele ligado à relação de emprego. O grande risco – que se está concretizando – é a multiplicação desses “falsos autônomos”, que irão aumentar ainda mais as fileiras dos “trabalhadores pobres” (“working poors”).

De fato, os direitos trabalhistas aplicáveis aos trabalhadores parassubordinados formam um conjunto bastante modesto, sendo muito inferior, quantitativa e qualitativamente, àquele previsto para os empregados. Tais direitos compreendem: aplicação do processo do trabalho (art. 409, §3º, do CPC); da disciplina especial sobre os juros e correção monetária dos créditos trabalhistas (art. 429, §3º, do CPC); da disciplina das renúncias e transações (art. 2113, do CC/42); do regime fiscal do trabalho subordinado (art. 47, §1º, “c” bis, do Decreto n. 917, de 1986). Inclui ainda: a cobertura previdenciária da aposentadoria⁴⁶⁷ e da maternidade⁴⁶⁸ e os auxílios familiares⁴⁶⁹ (art. 2º, §26 e ss., da Lei n. 335 de

⁴⁶⁶ PERULLI, Adalberto. Lavori atipici e parassubordinazione tra diritto europeo e situazione italiana. *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma, EDIESSE, ano LVII, n. 04, p. 731-752, out./dez. 2006. p. 747-748.

⁴⁶⁷ O trabalhador parassubordinado deve se inscrever em uma gestão específica junto ao INPS, financiada por contribuições, na razão de 2/3 a cargo do tomador e 1/3 a cargo do trabalhador, as quais são recolhidas pelo primeiro. CGIL. *Lavoro nero, lavoro precario. Guida ai diritti e alle tutele*. Roma: CGIL, 2006. p. 36.

⁴⁶⁸ Durante a licença-maternidade, de 5 meses, a trabalhadora recebe um benefício previdenciário, correspondente a 80% da renda média diária por ela percebida, e lhe é permitido trabalhar. O valor dessa prestação acaba sendo muito baixo, vez que calculado sobre a remuneração da trabalhadora parassubordinada que, em média, é baixa, pois não é garantida pelo princípio da suficiência da remuneração (art. 36, §1º, da Constituição). Por isso até se permite que ela trabalhe durante a licença, vez que é a forma de integrar a sua renda, para que esta atinja um patamar suficiente.

⁴⁶⁹ Os auxílios ao núcleo familiar são ajudas econômicas às famílias de baixa renda. Para a sua percepção, no caso do parassubordinado, é necessário que ao menos 70% da renda da família seja oriunda desse trabalho.

1995; art. 1º, §212 e ss., da Lei n. 662, de 1996; art. 59, §16, da Lei n. 449, de 1997; art. 80, §12, da Lei n. 388, de 2000; art. 64 do DL n. 151, de 2001); o seguro obrigatório contra os acidentes do trabalho e as doenças profissionais (art. 5º do DL n. 38 de 2000) e o reconhecimento da liberdade sindical e do direito de greve⁴⁷⁰.

Com exceção dos direitos acima citados, não se aplicam aos parassubordinados as tutelas previstas pela ordem jurídica aos empregados⁴⁷¹, tais como: o direito a uma remuneração suficiente, previsto pelo art. 36, §1º, da Constituição⁴⁷²; o direito à correção monetária e ao privilégio em relação aos juros, após a abertura do procedimento de execução concursal⁴⁷³; o direito previsto no art. 2126, do CC/42, (que consagra a denominada teoria trabalhista das nulidades, assegurando ao trabalhador a percepção de todos os direitos relativos ao período em que prestou a sua atividade, anteriormente à invalidação do contrato)⁴⁷⁴; o direito previsto no art. 2125, do CC/42 (conforme entendimento jurisprudencial majoritário), que impõe limites ao estabelecimento do pacto de não concorrência, relativo a período posterior à cessação do contrato de trabalho; direito à disciplina sobre as funções laborativas prevista no art. 2103, do CC/42⁴⁷⁵.

Também não se aplicam aos parassubordinados: o impedimento do curso do prazo prescricional durante a vigência da relação de trabalho⁴⁷⁶; os privilégios previstos pela ordem jurídica aos créditos do

⁴⁷⁰ VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. p. 19-20.

⁴⁷¹ Gianni Loy observa que “a denominada ‘colaboração coordenada e continuada’ é uma forma de trabalho autônomo, quase carente de tutela, que em poucos anos alcançou, na Itália, o número de dois milhões e meio de contratos, dos quais mais da metade configura uma indiscutível relação de caráter subordinado”; trata-se, assim, de “uma forma de trabalho que, na realidade, acabou por legalizar o uso de um contrato autônomo em atividades típicas do trabalho subordinado (...) a transformação de trabalhadores subordinados em trabalhadores autônomos quase que os priva por completo de toda a proteção”. LOY, Gianni. *El dominio ejercido sobre el trabajador*. p. 175-176. Tradução nossa.

⁴⁷² Esse entendimento foi consagrado pela Corte de Cassação, como nas decisões n. 2491, de 17 de abril de 1984; n. 224, de 16 de janeiro de 1986; n. 1245, de 09 de março de 1989; n. 3532, de 27 de abril de 1990; n. 13941, de 21 de outubro de 2000, bem como pela Corte Constitucional na decisão n. 121, de 29 de março de 1993. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

⁴⁷³ Vide a decisão da Corte Constitucional n. 226, de 20 de abril de 1989. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

⁴⁷⁴ Vide as decisões da Corte de Cassação n. 1613, de 1989; n. 9277, de 03 de setembro de 1993; n. 8471, de 21 de junho de 2000; n. 12259, de 27 de novembro de 1995; e n. 3496, de 25 de março de 1995. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

⁴⁷⁵ Esse dispositivo prevê que devem ser atribuídas ao trabalhador as funções para as quais ele foi contratado e, no caso de atribuição de funções superiores, ele tem direito ao tratamento normativo correspondente à atividade efetivamente exercida. Além disso, o obreiro não pode ser transferido de uma unidade produtiva a outra senão por comprovadas razões técnicas, organizativas e produtivas. Todo pacto contrário a esse dispositivo é considerado nulo. Essa norma de grande relevo não se aplica aos parassubordinados, como afirmado pela Corte de Cassação na decisão n. 3089, de 03 de abril de 1996. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

⁴⁷⁶ Vide a decisão da Corte de Cassação n. 13323, de 25 de outubro de 2001. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

empregado sobre os bens do empregador⁴⁷⁷; o seguro-desemprego⁴⁷⁸; a tutela da atividade sindical nos locais de trabalho, fortemente assegurada pelo Estatuto dos Trabalhadores⁴⁷⁹; o direito à formação, de modo que, caso queiram se manter atualizados e competitivos no mercado de trabalho, são obrigados a custeá-la.

Além de ser excluído de todos os direitos acima mencionados, o parassubordinado também não conta com a proteção contra a dispensa imotivada, podendo o seu contrato ser cessado “ad nutum”, conforme ressaltado pela Corte de Cassação na decisão n. 4849, de 25 de maio de 1996⁴⁸⁰. Demais disso, os parassubordinados não entram na contagem do número mínimo de trabalhadores da empresa necessário para a aplicação do regime da tutela real (art. 18, do ET)⁴⁸¹. Assim, por meio da parassubordinação, a empresa atinge dois objetivos: a) os parassubordinados não contam com a proteção contra a dispensa imotivada; b) eles servem para reduzir o número de empregados da empresa, para que estes não tenham direito à tutela real, mas apenas àquela indenizatória.

A partir das alterações legislativas acima citadas, com mais razão ainda podemos invocar a afirmação de GIORGIO GHEZZI e UMBERTO ROMAGNOLI de que o contrato de emprego por tempo indeterminado e protegido contra a dispensa imotivada “não é mais a estrela polar”, apresentando-se “circundado por uma pluralidade de figuras ou tipos contratuais caracterizados pela temporariedade das relações que geram.”. Operou-se, assim, um verdadeiro retrocesso sócio-jurídico, com o “retorno do que havia sido eliminado”, isto é, o “medo do desemprego que fazia do trabalhador contratado por tempo indeterminado, mas passível de dispensa imotivada, um ‘moderno *capite deminutus*’ e que, com a abolição da dispensa arbitrária se quis eliminar.”. O futuro do trabalhador precário “é uma incógnita, como o era aquele do trabalhador contratado por tempo indeterminado antes do advento da disciplina vinculadora da dispensa”⁴⁸².

Essa situação foi gerada “não apenas pela precarização das relações de trabalho subordinado, mas também por um impressionante *revival* do contrato de trabalho autônomo, incentivado pelo

⁴⁷⁷ O privilégio geral sobre os bens móveis do patrão, previsto no art. 2751bis, §1º, do CC/42, foi considerado inaplicável aos parassubordinados pela Corte de Cassação, na decisão n. 2420, de 21 de março de 1996. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-Rom.

⁴⁷⁸ CGIL. *Lavoro nero, lavoro precario*. p. 39.

⁴⁷⁹ A ação de repressão à conduta anti-sindical (art. 28, do ET), por exemplo, não se aplica aos parassubordinados, consoante entendimento esposado pela Corte Constitucional na decisão n. 241, de 17 de dezembro de 1975. Disponível em <<http://www.cortecostituzionale.it/>>. Acesso em 21 jun. 2007.

⁴⁸⁰ No mesmo sentido é a decisão do Tribunal de Avezzano, de 31 de janeiro de 2006, F.C. v. Regione Abruzzo. *Repertorio del Foro Italiano*, ano de 2006, Roma, Il Foro Italiano, 2007. p. 1570.

⁴⁸¹ Vide a decisão do Tribunal de Turim, de 05 de abril de 2005, segundo a qual somente os trabalhadores subordinados são computados nessa contagem. *Repertorio del Foro Italiano*, ano de 2005, Roma, Il Foro Italiano, 2006. p. 1558.

⁴⁸² GHEZZI, Giorgio, ROMAGNOLI, Umberto. *Il rapporto di lavoro*. p. 44.

próprio legislador e, com discreta determinação, por uma jurisprudência mais permissiva de quanto já não o fosse no passado.”⁴⁸³.

Não por acaso, a CGIL propõe a revogação do DL n. 276/03, pois, desde a sua entrada em vigor, “a insegurança e a precariedade nas relações de trabalho aumentaram notavelmente em relação ao passado. Basta pensar que 70% dos novos postos de trabalho criados consistem em contratos atípicos que, em sua maior parte, são contratos precários”. De fato, a filosofia que inspirou o DL n. 276/03 “foi exatamente aquela de enfraquecer os direitos dos trabalhadores, com graves conseqüências sobretudo para os jovens”⁴⁸⁴.

Nos demais países europeus cujas ordens jurídicas prevêm a figura do trabalhador parassubordinado, como Alemanha, Portugal e Espanha, ele também goza de um patamar de direitos e garantias bastante inferior em relação ao empregado⁴⁸⁵. Além de não contar com diversos outros direitos de fundamental importância, ao parassubordinado não é assegurada a proteção contra a cessação injustificada do contrato de trabalho.

A parassubordinação é prevista no Direito alemão por meio da figura da “pessoa semelhante ao trabalhador subordinado” (“arbeitnehmerähnliche Person”). Como ressalta a doutrina alemã, um problema enfrentado pelos parassubordinados no País é de natureza político-contratual, isto é, a sua limitada capacidade de exercer uma pressão suficiente para a conclusão de contratos coletivos. Diversamente de quanto é previsto para os empregados, eles não gozam de nenhuma proteção do posto de trabalho, pois a Lei de tutela contra as dispensas (“Kündigungsschutzgesetz”) aplica-se apenas aos empregados. Assim, o tomador de serviços pode penalizar os parassubordinados engajados sindicalmente por meio da redução do trabalho que lhes é atribuído (com conseqüente redução da remuneração, não sendo protegidos de fato contra esse tipo de retaliação) ou da própria cessação do contrato.

A disponibilidade desses obreiros à greve é, evidentemente, reduzida. Até hoje, ao que se sabe, houve apenas um caso de greve para a celebração de um contrato coletivo, organizada por jornalistas

⁴⁸³ GHEZZI, Giorgio, ROMAGNOLI, Umberto. *Il rapporto di lavoro*. p. 45.

⁴⁸⁴ CGIL. *Lavoro nero, lavoro precario*. p. 30. A expressão “trabalho precário” é utilizada para designar todas as formas de utilização da força de trabalho diversas do contrato de emprego por tempo indeterminado, tais como os contratos a termo, a parassubordinação, a terceirização, os contratos de associação em participação com contribuição exclusiva de trabalho, etc.

⁴⁸⁵ A figura da parassubordinação, embora encontre a maior elaboração legislativa, jurisprudencial e doutrinária na Itália, pode também ser encontrada em outros países europeus, embora em menor extensão e com diversa configuração. Na maioria dos casos, apresenta-se sob a forma da aplicação parcial (na verdade, bastante reduzida) do Direito do Trabalho a trabalhadores considerados juridicamente autônomos, mas economicamente dependentes. Vide PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de emprego: desconstrução, reconstrução e universalização do conceito jurídico*. 2008. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.

da “Essen”, em 1998, a qual, todavia, não obteve êxito. Os grandes sindicatos alemães têm uma postura de extrema reserva em relação à parassubordinação. Existem até mesmo normas restritivas nos estatutos sindicais que não permitem a filiação desses trabalhadores. Isso demonstra a sua aversão pelas “ocupações atípicas” e pelo “trabalho precário” e a sua clara preferência pela manutenção de “relações de trabalho normais”. O temor dos sindicatos é, de fato, que possa vir a ser implantado um “Direito do Trabalho de segunda categoria”⁴⁸⁶.

Em Portugal, a parassubordinação faz-se presente por meio da figura dos “contratos equiparados”, prevista pelo art. 13 do novo Código do Trabalho (Lei n. 99, de 27 de agosto de 2003), que entrou em vigor em 1º dezembro de 2003. Esse dispositivo prevê que se aplicam a esses trabalhadores os “direitos de personalidade, igualdade e não discriminação e segurança, higiene e saúde no trabalho, sem prejuízo de regulamentação em legislação especial”. Desse modo, não lhes foram previstos expressamente os demais direitos trabalhistas, entre eles o direito de proteção contra a cessação injustificada do contrato de trabalho, assegurado aos empregados pelo Código do Trabalho (arts. 382 e ss.).

Na Espanha, a Lei n. 20, de 11 de julho de 2007, que cuidou de promulgar o “Estatuto del trabajo autónomo”, previu a figura do trabalhador parassubordinado (“trabajador autónomo económicamente dependiente”), para o qual dispõe um regime específico. Esse diploma esclarece, em seu preâmbulo, que, embora sejam previstos alguns direitos a esses trabalhadores, a norma geral que continua imperando em suas relações com seus clientes é o princípio da autonomia da vontade.

O diploma espanhol prevê que ambas as partes – trabalhador parassubordinado e tomador de serviços - têm direito ao aviso-prévio e ao recebimento de uma indenização em caso de cessação injustificada do contrato. O direito do tomador de serviços, nesse caso, é condicionado à existência de prejuízo importante que paralise ou perturbe o normal funcionamento da sua atividade (art. 15, §§1º e 3º). Ambas têm o dever de indenizar a outra parte em caso de cometimento de justa causa (art. 15, §2º), sendo que a indenização devida ao trabalhador é fixada pelo contrato individual ou pelo contrato coletivo aplicável (art. 15, §4º). O regime previsto para o parassubordinado no caso de cessação injustificada do contrato é, assim, muito inferior àquele assegurado ao empregado pelo Estatuto dos Trabalhadores espanhol, do qual falaremos adiante. Além disso, não é assegurada ao obreiro em comento a percepção do salário-mínimo, ao contrário dos empregados, que têm esse direito previsto pelo art. 27, do Estatuto dos Trabalhadores.

⁴⁸⁶ KEMPEN, Otto Ernst, KRETZSCHMAR, Robert. I problemi e le difficoltà di organizzare sindacalmente i lavoratori “semiautonomi” in Germania. *Lavoro e Diritto*, Bolonha, Il Mulino, ano XIII, n. 04, p. 593-617, 1999. p. 607.

No Direito espanhol, do mesmo modo que nas ordens jurídicas italiana, alemã e portuguesa, os trabalhadores parassubordinados são destinatários de direitos e garantias bastante inferiores em relação aos empregados. Em especial, permite-se que se regule pelo contrato individual diversas matérias que, no caso do empregado, são regidas por normas imperativas, como o valor da remuneração (salário-mínimo) e a duração da jornada de trabalho. Presume-se uma força contratual do parassubordinado que, na verdade, não existe, de modo que, invariavelmente, as suas condições de trabalho são determinadas unilateralmente pelo tomador de serviços.

De fato, as diversas formas de fuga à relação de emprego - algumas novas, outras antigas, mas remodeladas e revigoradas - afastam a aplicação da disciplina sobre a dispensa, como revela a decisão abaixo da Corte de Cassação italiana:

“Para fins da configuração da relação entre uma cooperativa de produção e trabalho e o sócio de obra, o escopo mutualístico de assegurar a cada um dos sócios uma continuidade de trabalho e condições de ganho mais favoráveis e a previsão de remunerações pré-determinadas em favor dos sócios trabalhadores, não permitem identificar os elementos constitutivos de uma relação de emprego, nem de efetuar uma equiparação da peculiar disciplina associativa a essa relação (No caso em exame, a Suprema Corte, enquadrada a relação em questão como exclusivamente associativa, não considerou a exclusão abusiva do sócio assimilável à dispensa ilegítima, nem considerou aplicável, em via analógica, o art. 18, da Lei n. 300/1970).”⁴⁸⁷.

A enorme proliferação de tipos contratuais, como os previstos pelo DL n. 276/2003, pode conduzir também ao aumento da conflituosidade e do recurso ao Poder Judiciário, para ver reconhecido, por exemplo, o encobrimento de uma verdadeira relação de emprego⁴⁸⁸. Isso é prejudicial não só para os trabalhadores, mas também para as próprias empresas, em virtude da possibilidade de obter uma decisão negativa aos seus interesses ao final de um processo longo e dispendioso. Buscando evitar esse problema, o DL n. 276/2003 previu a figura da “certificação”, procedimento através do qual um órgão neutro, examinando um contrato de trabalho a pedido de ambas as partes, declara a qual tipo legal o mesmo se subsume⁴⁸⁹. Todavia, tal declaração poderá ser impugnada judicialmente, seja pelo

⁴⁸⁷ Decisão da Corte de Cassação n. 16072, de 18 de agosto de 2004. BUSSINO, Temistocle. *Autonomia e subordinazione nelle sentenze della Cassazione*. Segunda parte. *Diritto & Pratica del Lavoro*, Milão, IPSOA, ano XXII, n. 39, p. I-XXIII, 15 out. 2005. p. XXI.

⁴⁸⁸ PERONE, Giancarlo. *Riforma, Rivoluzione, Ritocco*. p. 1205.

⁴⁸⁹ Essa certificação pode ser feita por Comissões formadas, por exemplo, junto aos entes bilaterais, os quais são “constituídos por iniciativa de uma ou mais associações dos empregadores e trabalhadores comparativamente mais representativas” (art. 2º, §1º, “h”, e art. 76, §1º, “a”, do DL n. 276/03). Giampiero Proia nota que a atribuição da competência de certificação aos entes bilaterais “tem um precedente indireto nas competências atribuídas às Caixas da

erro de aplicação do direito por parte de tal órgão, seja porque a relação efetivamente desenvolvida foi diversa daquela prevista abstratamente no contrato. Assim, não parece que obterá êxito o objetivo de se reduzir a conflituosidade⁴⁹⁰.

O DL n. 276/2003, portanto, oferece à empresa uma série de possibilidades de usar um trabalhador sem precisar recorrer ao tradicional contrato de emprego por tempo indeterminado, esquivando-se, assim, de se submeter às “onerosas” tutelas e garantias legais, entre elas a necessidade de justificação da dispensa. Ao invés de se prever determinadas situações, no seio de um contrato empregatício, em que não são aplicadas as tutelas - como constava do “Libro Bianco” e do Projeto de Lei n. 848/2001, acerca do art. 18, do ET -, mantém-se intacto tal contrato, mas se criam figuras paralelas, desprovidas dessas tutelas, para servirem de “via de fuga”. Trata-se, assim, de uma forma dissimulada de se flexibilizar: “de plumer l’oie sans trop la faire crier”, isto é, de penar o ganso sem fazê-lo gritar muito⁴⁹¹.

No DL n. 276/2003 constam nada menos do que 43 referências à contratação coletiva⁴⁹². Em vários aspectos, o diploma atribui à negociação coletiva o estabelecimento de hipóteses de aplicação de certos tipos contratuais ou de flexibilização de tutelas, sob pena de a matéria vir a ser regulada por um Decreto do Ministro do Trabalho (v.g., art. 40, §1º, e art. 55, §3º) ou, ainda, de poder ser pactuada livremente no plano do contrato individual (prestação de horas suplementares no contrato a tempo parcial - art. 46, §1º, “f”). Coloca-se o sindicato em dificuldades: se este regula a matéria, está legitimando a precarização e assumindo parte da sua responsabilidade, mas, se não o faz, acaba permitindo que o Governo ou o trabalhador individualmente adotem uma disciplina ainda mais

Construção Civil em matéria de certificação da regularidade ou congruidade contributiva”, nos termos dos arts. 4º e 19 da Lei da Região da Úmbria n. 30, de 1998. PROIA, Giampiero. Enti bilaterali e riforma del mercato del lavoro. *Il Diritto del Lavoro*, Roma, Fondazione Diritto del Lavoro L. A. Miglioranza, ano LXXVII, n. 06, p. 647-657, nov./dez. 2003. p. 650. Tradução nossa.

⁴⁹⁰ VALLEBONA, Antonio. La riforma del mercato del lavoro. p. 194.

⁴⁹¹ Observa-se que tal dissimulação é admitida pelos próprios defensores da flexibilização, como Antonio Vallebona, que afirma que “tem-se medo de dizer com clareza que uma certa tutela em certos casos não deve ser aplicada, e então se cria um modelo com uma tutela a menos.”. VALLEBONA, Antonio. La riforma del mercato del lavoro. p. 193. Tradução nossa. Tiziano Treu destaca que “a extensão das formas de trabalho flexíveis e temporárias que a Lei n. 30 realiza reduz indiretamente a proteção da estabilidade (...) erodindo o modelo do trabalho subordinado estável ao invés de revê-lo explicitamente no mérito, com intervenções sobre as dispensas.”. TREU, Tiziano. *Diritto del Lavoro: discontinuità e interdipendenze*. Tradução nossa. Comentando acerca do DL n. 276/2003, Giorgio Ghezzi afirma que ele contém um grupo de disposições que facilitam operações de externalização de fases do ciclo produtivo das empresas, possibilitando, de direito e de fato, imediata ou progressivamente, a separação do trabalho da empresa, permitindo aos empresários utilizar trabalhadores sem assumir as correlatas responsabilidades e deveres jurídicos, econômicos e sindicais. Isso facilita enormemente a flexibilidade “na saída”, isto é, o término do contrato de trabalho, eludindo a aplicação do art. 18, do ET. GHEZZI, Giorgio. Introduzione. *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al Decreto Legislativo n. 276/2003*. coord. Giorgio Ghezzi. Roma: EDIESSE, 2004. p. 10.

⁴⁹² MARTONE, Michel. *Governo dell’economia e azione sindacale*. p. 226.

desfavorável. O resultado pode ser o enfraquecimento da entidade sindical e o descrédito por parte de seus representados.

De fato, vem se tornando freqüente o uso ardiloso da negociação coletiva para conferir legitimidade a decisões que beneficiam as empresas, mas que se fossem tomadas unilateralmente pelo empregador ou pelo Estado seriam mais contestadas, como nota ALAIN SUPIOT:

“O império da decisão unilateral do empregador teve que ceder lugar, em certos domínios, a decisões negociadas. Esse movimento conferiu aos representantes dos trabalhadores novas responsabilidades, freqüentemente muito delicadas a serem assumidas nos períodos de dificuldade econômica. A negociação ‘toma lá, dá cá’, que foi desenvolvida notadamente em matéria de emprego, mostra como o exercício é perigoso. Ele conduz os sindicatos a avalizarem uma regressão das condições de trabalho (redução ou congelamento dos salários; flexibilização da duração de trabalho) em contrapartida de compromissos patronais hipotéticos no domínio do emprego. Essas decisões negociadas são dotadas de uma legitimidade muito mais forte do que as medidas unilaterais, porque elas vinculam os seus signatários.”⁴⁹³.

Observa-se que o aludido “Libro Bianco”, de 2001, afirmava o objetivo de se deslocar a tutela da relação laborativa para o mercado de trabalho, de modo que o obreiro, menos garantido nessa relação, obteria no mercado (onde viria a se encontrar mais freqüentemente) as tutelas que lhe permitiriam encontrar uma nova ocupação. Nos períodos de desemprego, o trabalhador contaria com o reforço dos “amortizadores sociais”. Para tanto, o DL n. 276/2003, em seu Título II, trata da organização e disciplina do mercado de trabalho, declarando o objetivo de melhorar a inserção profissional dos desempregados, com especial atenção às categorias menos favorecidas. A primeira parte do projeto foi feita: reduziram-se as garantias na relação de trabalho; quanto à segunda parte, restam as dúvidas acerca da sua real implementação e da verdadeira eficácia de tal mecanismo⁴⁹⁴.

Observa-se que a instabilidade das relações de trabalho, além de não gerar por si mesma a redução do desemprego, desencoraja as empresas de investirem em formação e qualidade do capital

⁴⁹³ SUPIOT, Alain. Les nouveaux visages de la subordination. *Droit Social*, Paris, Éditions Techniques et Économiques, n. 02, p. 131-145, fev. 2000. p. 136. Tradução nossa.

⁴⁹⁴ “A Lei n. 30/2003 aumentou o desequilíbrio, pois ampliou a instabilidade nas relações de trabalho sem reforçar os instrumentos de proteção e de apoio no mercado de trabalho (...) A multiplicação das relações de trabalho, de várias maneiras temporárias, não garante por si mesma maiores oportunidades de ocupação e, na ausência de fortes políticas ativas do trabalho, arrisca aumentar a distância desses trabalhos em relação ao trabalho por tempo indeterminado, especialmente para as áreas e os sujeitos mais fracos.”. TREU, Tiziano. *Diritto del Lavoro: discontinuità e interdipendenze*. Tradução nossa.

humano. De fato, o fornecimento de formação está intrinsecamente relacionado à permanência do trabalhador na empresa, como ressalta LUISA GALANTINO, citando como exemplo o modelo japonês:

“A política de formação contínua no âmbito da empresa – dado o seu elevado custo – é praticável apenas se a presença do trabalhador na empresa é garantida por um longo período e se para o mesmo existem expectativas de carreira. É exatamente por tal motivo que nas empresas japonesas as relações de trabalho são fundadas no princípio do emprego por toda a vida em uma mesma empresa e na progressão de carreira e aumentos salariais ligados ao tempo de serviço.”⁴⁹⁵.

Assim, resta evidente que, se a presença do trabalhador na empresa é temporária, esta não terá nenhum interesse em investir na sua formação profissional. A ausência de tais investimentos, por sua vez, prejudica a própria competitividade das empresas, e, por conseguinte, o desenvolvimento sócio-econômico do país, em razão da exigência cada vez maior do conhecimento na atividade produtiva⁴⁹⁶.

Costuma-se afirmar que a luta contra a pobreza e a busca da justiça social passam, essencialmente, pelo combate ao desemprego⁴⁹⁷. No entanto, não basta possibilitar ao cidadão o acesso a *qualquer* trabalho – como parece ser a lógica do DL n. 276/2003 – mas, sim, a uma ocupação que lhe forneça os meios adequados para a sua sobrevivência digna e a de sua família. Consoante as lições de GABRIELA NEVES DELGADO, referidas ao Direito brasileiro, mas plenamente aplicáveis à ordem jurídica italiana:

“Se o trabalho é um direito fundamental, deve pautar-se na dignidade da pessoa humana. Por isso, quando a Constituição Federal de 1988 refere-se ao direito ao trabalho, *implicitamente* já está compreendido que o trabalho valorizado pelo texto constitucional é o trabalho digno. Primeiro, devido ao nexó lógico existente entre direitos fundamentais (direito fundamental ao trabalho, por exemplo) e o fundamento nuclear do Estado Democrático de Direito que é a dignidade da pessoa humana. Segundo, porque apenas o trabalho exercido em condições dignas é que é instrumento capaz de construir a identidade social do trabalhador.”⁴⁹⁸.

⁴⁹⁵ GALANTINO, Luisa. I profili giulavoristici della qualità. p. 08.

⁴⁹⁶ TREU, Tiziano. *Diritto del Lavoro: discontinuità e interdipendenze*.

⁴⁹⁷ PERONE, Giancarlo. Globalizzazione e tutela della persona. *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, Roma, INAIL, n. 03, p. 397-403, mai./jun. 2001. p. 397. Jorge Luiz Souto Maior nota que “o desemprego, em uma sociedade marcadamente capitalista, destrói a auto-estima, aniquilando o ser humano, e, ao mesmo tempo, é causa de uma série enorme de problemas que atingem toda a sociedade”. MAIOR, Jorge Luiz Souto. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT. p. 110.

⁴⁹⁸ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. p. 209.

Nesse sentido, não se pode abrir mão de tutelas fundamentais, como a proteção contra a dispensa imotivada, sob o pretexto de se criar empregos. Estes devem, sim, ser criados, mas não de qualquer modo, não a qualquer custo, pois devem ser capazes de propiciar às pessoas humanas que os ocupam condições de trabalho e de vida dignos.

4.2. ALEMANHA

4.2.1 Introdução

Em 1951, foi promulgada a Lei de Proteção contra a Dispensa (“Kündigungsschutzgesetz”), doravante denominada KSchG. Esta foi resultado não apenas de uma iniciativa do Governo e do Parlamento, mas também de um consenso entre as mais importantes organizações sindicais obreiras e patronais. Por isso, a lei é dotada de grande legitimidade e autoridade. O seu objetivo principal era inverter a tradicional estrutura da dispensa ordinária (não ocasionada por justa causa obreira), pois até então a regra era a sua legalidade, sendo considerada ilegal somente em casos excepcionais. A partir de 1951, a dispensa ordinária apenas em situações excepcionais passou a ser tida como legítima⁴⁹⁹.

Assim, a idéia subjacente ao diploma em tela é a garantia do emprego. A dispensa que afronta os dispositivos nele contidos (ou em outras normas, como veremos) é ineficaz, com a continuidade da relação de trabalho e a obrigação do empregador de pagar toda remuneração devida entre a dispensa e a efetiva reintegração. Desse valor são subtraídas apenas as quantias auferidas pelo obreiro em outra ocupação nesse período.

Não há no Direito alemão, ao contrário do ordenamento italiano, a previsão da indenização de antiguidade (atualmente denominada “trattamento di fine rapporto”, como vimos). Assim, o trabalhador dispensado faz jus apenas ao seguro-desemprego. Para tanto, ele não pode ter tido culpa na perda do seu posto e há de ter contribuído, nos últimos dois anos, por no mínimo um ano para esse seguro. O valor do benefício equivale a 60% da última remuneração bruta do obreiro, sendo igual a 67% caso tenha um filho menor. A Lei de reforma do mercado de trabalho, de 24 de dezembro de 2003, limitou o recebimento do benefício ao período de 12 meses, que pode ser estendido até 18 meses no caso do empregado com mais de 55 anos. Na Alemanha, o trabalhador dispensado permanece desempregado, em média, por um período de 8,4 meses.

⁴⁹⁹ WEISS, Manfred, SCHMIDT, Marlene. *Labour Law and Industrial Relations in Germany*. 3^a ed. The Hague: Kluwer Law International, 2000. p. 104.

Esses dados revelam a relevância, inclusive econômica, que assume para o obreiro a questão da legitimidade da dispensa. De fato, trata-se de uma situação bastante diversa, por exemplo, daquela presente na Dinamarca, onde o seguro-desemprego corresponde a 80% da remuneração e a grande parte dos desempregados, algumas vezes após um período de formação, obtém, no arco de poucos meses, um novo trabalho equivalente ao anterior⁵⁰⁰.

4.2.2 Aviso-prévio

O primeiro passo rumo ao fortalecimento da proteção ao emprego foi a extensão da duração mínima do aviso-prévio. Ao longo da história foram elaboradas regras diferentes para os exercentes de trabalho manual e não manual. Para os primeiros, o prazo era de 2 semanas e, para os segundos, de 6 semanas. Esses prazos eram maiores de acordo com a antiguidade do trabalhador, mas também nesse aspecto as normas aplicáveis aos trabalhadores não manuais eram mais favoráveis.

Essa disparidade de tratamento foi declarada inválida pela Corte Constitucional Federal, por violação ao art. 3º, §1º, da Carta Magna alemã, que consagra o princípio da igualdade. Em 1993, por meio da alteração legal introduzida no art. 622, do BGB, foi uniformizado o tratamento, de modo que o aviso-prévio mínimo passou a ser de 4 semanas para todos os empregados. Esse prazo é aumentado proporcionalmente: após 2 anos de tempo de serviço, é de 1 mês; depois de 5 anos, é de 2 meses; após 8 anos, é de 3 meses; depois de 10 anos, é de 4 meses; após 12 anos, é de 5 meses; depois de 15 anos, é de 6 meses; após 20 anos, é de 7 meses. Durante o período de prova, que não pode ser superior a 6 meses, o aviso-prévio é de 2 semanas⁵⁰¹.

4.2.3 Dispensa extraordinária e ordinária

Nos termos da nova redação do art. 623 do Código Civil alemão (BGB), em vigor a partir de 1º maio de 2000, a dispensa, para ser válida, deve ser comunicada por escrito.

Consoante o art. 626 do BGB, o empregador pode dispensar o obreiro sem a concessão de aviso-prévio “desde que existam elementos de fato que não permitam impor-lhe a continuação da relação até o fim do aviso-prévio, considerando todas as circunstâncias do caso e avaliados os

⁵⁰⁰ DÄUBLER, Wolfgang. L'attuale disciplina di tutela contro il licenziamento ingiustificato in Germania. *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*. v. 1. Pádua: CEDAM, 2005. p. 611.

⁵⁰¹ WEISS, Manfred, SCHMIDT, Marlene. *Labour Law and Industrial Relations in Germany*. p. 103.

interesses de ambas as partes”. Trata-se da denominada dispensa extraordinária, que pressupõe a existência de um “motivo grave”, em particular de uma grave inadimplência contratual. Caso os requisitos do art. 626, do BGB, não estejam presentes, a dispensa é ordinária, devendo ser concedido o aviso-prévio, nos termos do art. 622, do BGB, acima visto, ou dos contratos coletivos aplicáveis.

A Lei de Proteção contra a Dispensa (KSchG) prevê a disciplina geral de proteção contra a dispensa, que se aplica quando a relação de trabalho existe há mais de 6 meses e o empregador não é uma “pequena empresa”. Para as hipóteses excluídas da abrangência da KSchG, aplica-se uma tutela menor, construída pela jurisprudência, como veremos. Por outro lado, há algumas categorias de empregados submetidos a uma proteção ainda mais forte, como os portadores de invalidez grave, as mulheres grávidas, algumas pessoas com filhos menores e os representantes dos trabalhadores nas empresas. Muitos contratos coletivos excluem a dispensa ordinária para trabalhadores de idade mais avançada ou com maior tempo de serviço, os quais estão submetidos apenas à dispensa extraordinária⁵⁰².

A citada Lei de reforma do mercado de trabalho reduziu o âmbito de aplicação da KSchG. Até então esta se aplicava a todas as empresas com mais de 5 empregados, mas a partir de 1º de janeiro de 2004 os novos trabalhadores contratados não estão submetidos à tutela se a empresa não passe a ocupar regularmente ao menos 10 empregados. Assim, pode ocorrer que na mesma empresa trabalhem pessoas com e sem a tutela padrão contra a dispensa.⁵⁰³

A justificativa apresentada pelos idealizadores da reforma foi que ela incentivaria as pequenas empresas a contratarem novos empregados. Todavia, essa consideração não encontra comprovação fática. As pesquisas empíricas realizadas na Alemanha antes da reforma já haviam demonstrado que a decisão das empresas de realizar novas contratações não era influenciada pelo fato de que isso resultaria na superação do patamar de 5 empregados, com a conseqüente aplicação da tutela legal contra a dispensa⁵⁰⁴.

Antes de proceder a qualquer dispensa, ordinária ou extraordinária, o empregador deve notificar o Comitê de Empresa, quando existente, nos termos do art. 102, §1º, da “Betriebsverfassungsgesetz” (BetrVG). Uma norma semelhante é prevista para os empregados públicos da União federal. Além disso, as normas aplicáveis aos empregados de algumas unidades federativas (“Länder”) prevêem

⁵⁰² DÄUBLER, Wolfgang. L'attuale disciplina di tutela contro il licenziamento ingiustificato in Germania. p. 613 e WEISS, Manfred, SCHMIDT, Marlene. *Labour Law and Industrial Relations in Germany*. p. 113.

⁵⁰³ Ilustrativamente, se a empresa ocupava, em 31 de dezembro de 2003, 6 trabalhadores, estes se mantêm sob a tutela, mas os 3 novos obreiros contratados em 2004 estão excluídos do âmbito da KSchG.

⁵⁰⁴ DÄUBLER, Wolfgang. L'attuale disciplina di tutela contro il licenziamento ingiustificato in Germania. p. 613.

direitos de plena participação aos representantes dos trabalhadores. O patrão deve comunicar aos representantes obreiros todas as circunstâncias de fato que do ponto de vista empresarial justificam a dispensa. Se tal comunicação não é feita ou é realizada de forma incompleta, a dispensa é ineficaz, nos termos do art. 102, §1º, item 3, da BetrVG. Se tais representantes opõem-se à dispensa por razões precisas e o empregado interessado a contesta judicialmente, ele tem direito de continuar trabalhando até a decisão final do processo.

O trabalhador, no prazo de três semanas a partir da notificação da dispensa, deve propor a ação judicial caso queira contestá-la (art. 4º, da KSchG). O desrespeito desse prazo somente autoriza o ajuizamento tardio da ação caso o trabalhador não tenha tido culpa.

Consoante o art. 1º, §2º, da KSchG, a dispensa ordinária pode ser fundada nas seguintes razões: motivos relacionados à pessoa do trabalhador; motivos atinentes ao seu comportamento; graves exigências da empresa. Os motivos pessoais configuram-se, sobretudo, quando o trabalhador não é mais capaz de realizar as suas tarefas por causa de doença. Neste caso, para que a dispensa seja legítima, devem estar presentes três requisitos: deve se tratar de uma doença de longa duração ou de ocorrência freqüente, que provavelmente não melhorará no futuro; deve haver uma previsão realista de um agravamento econômico excessivo para o patrão ou de um obstáculo à organização empresarial no futuro; tal problema não poderá ser evitado pelo empregador através da adoção de medidas sustentáveis.

Essa hipótese de dispensa também se configura no caso de o trabalhador perder uma qualificação que seja um requisito para o exercício da sua função (v.g., o motorista que perde a sua carteira de habilitação). Trata-se, assim, de motivos relacionados à pessoa do trabalhador, mas que prescindem de qualquer culpa da sua parte, o que os aproxima do conceito de justificado motivo objetivo do Direito italiano, como vimos.

O motivo relativo ao comportamento, por sua vez, assemelha-se ao justificado motivo subjetivo do ordenamento italiano. Ele ocorre quando o trabalhador viola as obrigações contratuais de forma relevante, mas em intensidade e gravidade menores do que no caso da dispensa extraordinária. Em regra, a dispensa por tal motivo deve ser precedida por uma advertência, que consiste na desaprovação do comportamento do empregado pelo patrão e no aviso de que, no caso de reiteração, a continuidade do contrato estará em risco. É necessária, ainda, a subsistência do perigo de que a conduta possa se repetir no futuro.

Cerca de dois terços das dispensas são motivadas por “graves exigências empresariais”. Esse percentual se deve, primeiramente, às dificuldades econômicas e aos processos de reestruturação das

empresas. Mas, por outro lado, está relacionada à relativa correção observada no comportamento dos trabalhadores em geral e ao fato de que as pessoas com problemas de saúde não são contratadas ou, de algum modo, já foram afastadas do trabalho (v.g., aposentadoria por invalidez).

De acordo com o entendimento jurisprudencial majoritário da Corte Federal do Trabalho (“*Bundesarbeitsgericht*”), o mérito da decisão empresarial não é passível de ser analisado pelo juiz. Considera-se que não cabe a este sugerir ao empregador uma política empresarial “melhor”. Há, no entanto, duas exceções. Primeiramente, a decisão empresarial não pode contrastar com o direito vigente e o fim perseguido pelo empregador não pode ser ilícito. Este seria o caso, por exemplo, de uma reorganização empresarial realizada com o objetivo de eliminar alguns trabalhadores. Em segundo lugar, a decisão empresarial não pode prevalecer caso se mostre “manifestamente não objetiva, irracional ou arbitrária”, o que deve ser provado pelo obreiro. Até há pouco tempo, tratava-se de uma possibilidade meramente teórica, mas nos últimos anos os tribunais a têm aplicado na prática⁵⁰⁵.

O empregado cujo posto de trabalho foi suprimido tem direito de ser recolocado em outra posição na mesma unidade produtiva ou na empresa. Se necessário, o empregador deve garantir a possibilidade da formação ou requalificação profissional. Em muitas empresas é celebrado um “pacto para o trabalho” para enfrentar as dificuldades econômicas. Um exemplo típico é o acordo entre empregador e Comitê de Empresa (com ou sem a participação do sindicato) para reduzir em 10% ou 20% o horário de trabalho de todos os obreiros ou apenas de alguns setores com redução salarial proporcional. Em contrapartida, o patrão se compromete a não dispensar, por exemplo, por 2 anos⁵⁰⁶.

Uma vez verificado que subsistem as graves exigências empresariais e que as estratégias para evitar as dispensas, como as acima citadas, não obtiveram êxito, coloca-se o problema de selecionar os

⁵⁰⁵ Assim, o Tribunal do Trabalho de Gelsenkirchen, por exemplo, declarou a ilegitimidade da dispensa porque a empresa (norte-americana), que no passado havia reduzido pela metade o seu pessoal, triplicando os seus lucros, queria percorrer novamente o mesmo caminho. O Tribunal do Trabalho de Berlim, por sua vez, excluiu a configuração das “graves exigências empresariais” no caso do empregador que havia constituído uma nova sociedade de responsabilidade limitada, para a qual havia desviado, no período de um ano, todas as encomendas de serviço, com o fim de fechar a empresa originária. Destaca-se pela sua relevância uma recente decisão da Corte Federal do Trabalho: uma sociedade de responsabilidade limitada que exercia atividade hospitalar havia constituído uma sociedade “filha”, à qual havia atribuído o seu serviço de limpeza. Os empregados até então ocupados nessa atividade foram dispensados, pois a empregadora não tinha mais necessidade das suas prestações. Considerando o fato de que as duas sociedades constituem uma unidade econômica, a Corte considerou arbitrária a transferência da atividade de limpeza, acolhendo, assim, o pedido de tutela contra a dispensa. Por ser recente tal decisão, não se pode ainda prever se a partir dela irá se firmar o entendimento de uma tutela geral contra a dispensa nos grupos de empresas. *In* DÄUBLER, Wolfgang. *L’attuale disciplina di tutela contro il licenziamento ingiustificato in Germania*. p. 616-617.

⁵⁰⁶ Uma tutela análoga é propiciada quando se autoriza o denominado “trabalho reduzido”, nos termos dos arts. 169 e ss., do Código Social III (“*Sozialgesetzbuch*” III). Essa hipótese, autorizada se presentes alguns requisitos, tem a vantagem de propiciar ao trabalhador o recebimento por parte da administração do trabalho de uma compensação pela redução em tela, que equivale a 60% ou 67% da remuneração. *In* DÄUBLER, Wolfgang. *L’attuale disciplina di tutela contro il licenziamento ingiustificato in Germania*. p. 617.

trabalhadores a serem dispensados entre os vários ocupantes de postos análogos. Para proceder à escolha o patrão deve respeitar quatro critérios de relevância social: o tempo de serviço, a idade, os encargos familiares e a invalidez grave. Assim, o resultado é que os trabalhadores de mais idade e com maior antiguidade na empresa serão dispensados somente “em casos excepcionais”⁵⁰⁷.

4.2.4 Dispensa coletiva

Costuma-se afirmar que o Direito alemão não prevê a dispensa coletiva como um instituto autônomo, tratando-se, juridicamente, de um somatório de dispensas individuais, mesmo quando elevado o número de obreiros envolvidos. Desse modo, devem ser aplicados os requisitos e formalidades previstos para a dispensa individual.

Todavia, caso o número de dispensas programadas supere um dado percentual da força de trabalho, considerado o período de 1 mês, o empregador tem o dever de notificar a administração do trabalho (art. 17, da KSchG)⁵⁰⁸. Essa notificação deve ser por escrito e prévia à efetuação das dispensas, sob pena da nulidade destas. Isso significa que cada um dos empregados envolvidos pode argüir judicialmente a invalidade da sua dispensa, cuja conseqüência é a reintegração no posto de trabalho. A seriedade da sanção explica o fato de essa notificação ser normalmente efetuada pelo empregador.

Além disso, antes de notificar a autoridade administrativa, o patrão deve informar ao Comitê de Empresa, quando exista, as razões das dispensas, o número de empregados envolvidos, o número de trabalhadores da empresa em circunstâncias normais e o período em que pretende efetuar as dispensas. O empregador deve, ainda, fornecer outras informações solicitadas pelo Comitê e deve discutir com este todas as possibilidades para evitar ou reduzir as dispensas ou minorar os seus efeitos negativos.

O Comitê de Empresa tem o direito de negociar a conclusão de um plano de compensação dos interesses (“compromisso de interesses” – “*Interessenausgleich*”) e de um plano social (“*Sozialplan*”). O primeiro relaciona-se ao programa empresarial e à sua dimensão concreta, ao passo que o segundo tem a finalidade de remediar ou atenuar as conseqüências econômicas negativas para os trabalhadores. Em razão de o Comitê contar com esses importantes instrumentos, afirma-se que “o controle da

⁵⁰⁷ DÄUBLER, Wolfgang. L'attuale disciplina di tutela contro il licenziamento ingiustificato in Germania. p. 618.

⁵⁰⁸ Esse percentual corresponde a: 5 obreiros, no mínimo, a serem dispensados no caso de estabelecimentos com mais do que 20 e menos do que 60 empregados; no mínimo 10% dos empregados ou ao menos 25 obreiros em estabelecimentos com no mínimo 60 e menos de 500 empregados; ao menos 30 obreiros em estabelecimentos com um mínimo de 500 empregados. WEISS, Manfred, SCHMIDT, Marlene. *Labour Law and Industrial Relations in Germany*. p. 114.

autoridade administrativa sobre as dispensas coletivas é de menor importância quando comparado com o papel que cabe ao Comitê de Empresa”⁵⁰⁹.

O Comitê manifesta-se por escrito sobre a proposta do empregador. Essa manifestação, juntamente com uma cópia da informação inicial dada ao Comitê, deve ser anexada à notificação que o patrão faz à autoridade administrativa. Tais anexos, de fato, são essenciais para validade dessa notificação, salvo se o empregador prova que, embora tenha sido informado, o Comitê de Empresa não se manifestou sobre a questão.

A notificação empresarial à autoridade administrativa deve conter, entre outras informações, aquelas relativas ao sexo, idade, qualificação profissional e nacionalidade dos empregados a serem dispensados. Deve ser fornecida uma cópia ao Comitê de Empresa, que tem direito de se manifestar novamente e enviar os seus comentários à autoridade administrativa, entregando uma cópia destes ao empregador. Essa autoridade não pode impedir as dispensas, mas pode adiá-las por um período máximo de 2 meses (art. 18, da KSchG). O objetivo é utilizar esse tempo para buscar soluções alternativas no mercado de trabalho, como novos postos de emprego para os obreiros dispensados⁵¹⁰.

4.2.5 Reintegração *versus* indenização

O empregado tem o direito de contestar perante a Justiça do Trabalho a validade da sua dispensa e, se a decisão for favorável, a sanção aplicável é a reintegração⁵¹¹. Todavia, caso o juiz considere que as circunstâncias do caso concreto demonstram que restou comprometida a possibilidade da futura cooperação entre as partes, ele pode determinar, a requerimento do empregador, a cessação do contrato e o pagamento de uma indenização. O valor máximo desta é fixado em lei, sendo 12 meses de remuneração. É aumentado para 15 meses, no caso do empregado com mais de 50 anos e tempo de serviço de no mínimo 15 anos, e para 18 meses, se ele tiver mais do que 55 anos e no mínimo 20 anos de serviço.

A possibilidade de o juiz poder determinar a cessação do contrato acabou por inverter na prática a letra da lei: a reintegração passou a ser a exceção, sendo comumente substituída pela indenização. Consciente disso, o empregado passou a preferir a realização de um acordo em primeira instância, por

⁵⁰⁹ WEISS, Manfred, SCHMIDT, Marlene. *Labour Law and Industrial Relations in Germany*. p. 115.

⁵¹⁰ WEISS, Manfred, SCHMIDT, Marlene. *Labour Law and Industrial Relations in Germany*. p. 115.

⁵¹¹ Cerca de 10%, ou no máximo 15%, das dispensas são contestadas judicialmente pelos trabalhadores. Dessas ações, 45% são julgadas procedentes e 55%, improcedentes. In DÄUBLER, Wolfgang. *L'attuale disciplina di tutela contro il licenziamento ingiustificato in Germania*. p. 620.

meio do qual poderia obter uma indenização consideravelmente superior àquela que poderia ser fixada, de acordo com os parâmetros legais, ao final do processo. O empregador, por sua vez, estava disposto a aceitar o acordo para encerrar a ação. Isso explica por que as pesquisas desenvolvidas no final da década de 1970 e início dos anos 1980 concluíram que, na prática, ao contrário do modelo propugnado pela lei, a reintegração não era a regra e sim a exceção.

A situação mudou com a decisão proferida pela Corte Federal do Trabalho, em 1985, que firmou o seguinte entendimento: se o juiz do trabalho, em primeira instância, decide que a dispensa é ilegítima, o empregado tem direito a continuar trabalhando até a decisão final do processo. Isso implicou uma mudança radical, pois é difícil convencer o juiz da impossibilidade de cooperação caso o obreiro tenha continuado a trabalhar.

Assim, a jurisprudência obteve êxito em transformar a reintegração em uma sanção efetiva, de real aplicação prática. Como consequência, o empregador passou a analisar ainda mais cuidadosamente a legalidade da dispensa antes de efetuar-la e as dispensas ilegítimas tornaram-se mais raras. Atualmente, se uma grande empresa quer se livrar de um empregado, mas não há uma justificativa para dispensá-lo, ela tenta acordar com ele o distrato, propondo-lhe uma compensação financeira muito maior do que ocorria antes de 1985. Conclui-se, assim, que jurisprudência teve um papel importantíssimo, pois conferiu uma eficácia prática bem maior à proteção contra a dispensa⁵¹².

4.2.6 A tutela mínima contra a dispensa

Para as hipóteses excluídas do campo de abrangência da KSchG, acima mencionadas, aplica-se uma “tutela de segunda classe”, que se fundamenta nas cláusulas gerais do Direito Civil e na elaboração jurisprudencial da Corte Constitucional.

Assim, a dispensa motivada pelas convicções ou pelas atividades políticas do obreiro é considerada ilícita. Do mesmo modo, aquela que configura uma represália em virtude do exercício legítimo de um direito pelo empregado (art. 612a, do BGB).

Uma cláusula geral bastante invocada é o princípio da boa-fé (art. 242, do BGB). A dispensa efetuada sem um motivo objetivo e relevante viola tal princípio. Essa violação também pode ocorrer dependendo do tempo ou da forma como o ato é realizado. A Corte Constitucional firmou o entendimento de que o princípio da liberdade de profissão (art. 12, §1º, da Carta Magna) exige que

⁵¹² WEISS, Manfred, SCHMIDT, Marlene. *Labour Law and Industrial Relations in Germany*. p. 110-111.

ninguém perca o seu posto de trabalho sem um motivo objetivo. Assim, se é necessário proceder-se à seleção do obreiro a ser dispensado (v.g., entre três motoristas de ônibus), a dispensa pode ser considerada ilícita se o trabalhador escolhido necessita de uma maior tutela social em comparação com os outros⁵¹³.

Trata-se de uma construção jurisprudencial muito importante, pois permitiu a extensão da tutela contra a dispensa imotivada às hipóteses não abrangidas pela lei específica que trata da matéria (KSchG). É também uma forma eficaz de proteger os trabalhadores frente a eventuais reformas legislativas que prejudiquem os seus direitos, como aquela de 2003, que aumentou as hipóteses excluídas da aplicação da KSchG, como vimos.

4.2.7 A tutela especial contra a dispensa

A denominada tutela especial contra a dispensa não sofreu qualquer alteração nos últimos anos. Assim, o trabalhador portador de invalidez grave ou que apresentou um pedido de reconhecimento da invalidez pode ser dispensado apenas com o consentimento do órgão administrativo competente (“Integrationsamt”). O âmbito de discricionariedade da autoridade administrativa é relativamente amplo, de modo que, para obter a sua concordância, o patrão deve apresentar razões idôneas para convencê-la, que não sejam relativas ao próprio estado de invalidez.

Também à empregada, durante a gravidez e nos primeiros 4 meses de vida do filho, é conferida uma tutela especial. Apenas excepcionalmente a sua dispensa é legítima, pois depende do consentimento da autoridade regional competente, que o presta somente em situações particulares, como no caso de inadimplência grave.

O membro do Comitê de Empresa está sujeito apenas à dispensa extraordinária, a qual depende, ainda, do voto da maioria dos membros do Comitê. Caso este não a autorize, o patrão pode recorrer à Justiça do Trabalho, que pode permitir a dispensa se presente o “grave motivo”, nos termos do art. 626, do BGB. Durante o processo, a relação de trabalho prossegue normalmente e o representante obreiro continua a exercer as suas funções. Apenas no caso de cessação da atividade empresarial admite-se a sua dispensa ordinária.

O contrato coletivo pode excluir a possibilidade da dispensa ordinária. Nesse caso, o empregador pode efetuar a dispensa apenas se há o risco de que a relação de emprego permaneça sem conteúdo prático, isto é, que não haja mais nenhuma prestação laborativa em correspondência ao pagamento da

⁵¹³ DÄUBLER, Wolfgang. L'attuale disciplina di tutela contro il licenziamento ingiustificato in Germania. p. 620-621.

remuneração. Todavia, o patrão deve evitar ao máximo que ocorra tal situação, tendo o trabalhador o direito de ser requalificado, com custos relativamente elevados, para assumir uma função diversa. Além disso, o empregador é obrigado a criar um novo posto de trabalho reorganizando a sua atividade. Se a limitação estabelecida pela contratação coletiva abrange também a dispensa extraordinária, o patrão deve buscar ao máximo a recolocação do obreiro no âmbito do grupo ou junto a uma empresa parceira, devendo, em alguns casos, pagar-lhe uma indenização temporária⁵¹⁴.

4.2.8 A importância da proteção contra a dispensa

A proteção contra a dispensa imotivada, ao contrário do que é sustentado por seus opositores, tem efeitos benéficos também para o desempenho econômico das empresas. Uma relação de trabalho estável, dotada de garantias contra o seu término, reforça a ligação do obreiro à empresa e, conseqüentemente, propicia uma maior produtividade. Ela incentiva uma identidade profissional e cria uma base para o desenvolvimento da competência profissional, de comportamentos inovadores e da capacidade de adaptação às mudanças de caráter tecnológico e organizativo⁵¹⁵.

Aquele que sabe que cedo ou tarde perderá o seu posto de trabalho, dificilmente se identificará com as suas tarefas; na melhor das hipóteses, agirá de modo correto, mas sem maior interesse. A economia alemã, assim como a de outros países desenvolvidos, necessita de uma força de trabalho inovadora, que não tenha medo da própria iniciativa e de assumir os riscos que esta comporta. Hoje se necessita cada vez mais de pessoas com capacidade organizativa e de análise. Mas o interesse e a prontidão em ampliar a própria qualificação em benefício do trabalho exercido na empresa são possíveis apenas se o indivíduo tem a certeza de que os seus esforços serão realmente recompensados.

Assim, a tutela contra a dispensa tem uma evidente relevância econômica, sendo verdadeiro pressuposto para se poder trabalhar de modo inovador. Ela exerce, ainda, uma função de fundamental importância, especialmente no contexto alemão: representa uma condição para a efetividade das normas justralhistas que buscam realizar a democracia no interior das empresas. De fato, sem uma verdadeira proteção contra a dispensa os obreiros dificilmente poderiam se envolver ativamente e

⁵¹⁴ DÄUBLER, Wolfgang. L'attuale disciplina di tutela contro il licenziamento ingiustificato in Germania. p. 622.

⁵¹⁵ DÄUBLER, Wolfgang. L'attuale disciplina di tutela contro il licenziamento ingiustificato in Germania. p. 623.

cumprir o seu papel no modelo de co-gestão, no estabelecimento e na empresa, delineado pelo Direito alemão⁵¹⁶.

4.3 FRANÇA

4.3.1 A disciplina geral das dispensas

Na ordem jurídica francesa, a partir da Lei de 13 de julho de 1973, a dispensa do trabalhador contratado por prazo indeterminado não pôde mais ser imotivada, devendo necessariamente ser justificada por uma “causa real e séria”. Esta não foi definida pelo legislador, mas, desde 1973, o seu conceito vem sendo desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência. Atualmente, a Corte de Cassação mostra-se muito mais exigente para a sua configuração no caso concreto, em razão da taxa de desemprego ser bem maior do que em 1974, entendendo que a dispensa deve ser a última solução (“ultima ratio”)⁵¹⁷.

Trata-se de uma tentativa de conciliar dois princípios aparentemente conflitantes: a livre iniciativa - decorrente do art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de outubro de 1789 – e o direito ao emprego, enunciado na alínea quinta do Preâmbulo da Constituição francesa, de 27 de outubro de 1946. A esse último estão intrinsecamente ligadas as garantias individuais e coletivas dos empregados quanto à cessação do contrato de trabalho. Assim, as normas que regulam as dispensas devem buscar a conciliação desses dois princípios fundamentais⁵¹⁸.

Os requisitos da causa motivadora da dispensa são a realidade e a seriedade. O primeiro não gera problemas, pois é um conceito objetivo. Para ser real, a causa apontada na carta de dispensa deve atender a três exigências, cumulativamente: o motivo deve existir, deve ser exato e não pode haver contradição entre a razão apresentada ao trabalhador na tentativa de conciliação na empresa e aquela

⁵¹⁶ Wolfgang Däubler destaca que “à parte a consideração de que um regime fraco de tutela contra a dispensa representa um incentivo para as empresas multinacionais procederem à redução do seu pessoal no país em que a tutela foi enfraquecida, experiências de reestruturação no setor público, inclusive na Alemanha, demonstraram que uma forte tutela da relação de trabalho não impede a realização das dispensas, mas apenas obriga o empregador a agir com o consenso dos empregados. Por que não extrair de tal indicação conseqüências também para outros efeitos? A luta pelos direitos dos trabalhadores impõe que tentemos extrair vantagens de cada experiência positiva.”. DÄUBLER, Wolfgang. *L'attuale disciplina di tutela contro il licenziamento ingiustificato in Germania*. p. 623.

⁵¹⁷ RAY, Jean-Emmanuel. *Droit du Travail: droit vivant*. 13ª ed. Paris: Liaisons, 2004. p. 264.

⁵¹⁸ PRÉTOT, Xavier. Les garanties du salarié face au licenciement ont-elles une base constitutionnelle? À propos de la décision du Conseil constitutionnel relative au CPE. *Droit Social*, Paris, Éditions Techniques et Économiques, n. 05, p. 494-504, mai. 2006. p. 497.

constante da referida carta. A realidade da causa consiste, basicamente, na sua existência e exatidão. E, no caso de dúvida, a decisão deve ser favorável ao empregado.

A seriedade, ao contrário, gera discussões, por encerrar certa dose de subjetividade, malgrado o esforço da Corte de Cassação em tentar objetivar o seu conceito. O motivo sério, classicamente, está relacionado à conduta faltosa do trabalhador ou ao interesse da empresa (v.g., motivo econômico ou insuficiência profissional do obreiro).

A proteção contra a dispensa é estendida à generalidade dos trabalhadores, independentemente do seu tempo de serviço e da dimensão da empresa. Tais fatores, no entanto, são relevantes para diferenciar as sanções impostas à dispensa irregular. Assim, se a empresa ocupa menos de 11 empregados *ou* se o trabalhador tem menos de 2 anos de serviço, ele tem direito a uma indenização calculada em função do prejuízo real sofrido⁵¹⁹.

Se a empresa ocupar 11 ou mais empregados e o trabalhador tiver mais de 2 anos de serviço, a sanção consiste na reintegração ou na indenização, cujo valor não pode ser inferior à remuneração bruta recebida nos últimos 6 meses do contrato. Trata-se de um patamar mínimo, necessariamente observado pelo juiz, mesmo que não tenha existido prejuízo para o trabalhador⁵²⁰. Há vezes, inclusive, que sustentam que esse mínimo legal deveria ser elevado, pois se à época de sua criação, em 1973, ele correspondia à duração média do desemprego, isso não se verifica mais atualmente, vez que esta se elevou⁵²¹.

À indenização acima citada soma-se ainda uma outra sanção: o ressarcimento pelo empregador ao erário público das parcelas de seguro-desemprego pagas ao empregado, respeitado o máximo de 6 meses. O objetivo é duplo: proteger os interesses da coletividade, que não deve suportar a falta cometida pela empresa, e ajudar a dissuadir a prática da dispensa imotivada, tornando-a mais onerosa.

A reintegração, por sua vez, é raramente observada na prática, não apenas porque o juiz (“Conseil des prud’hommes”) não está obrigado a determiná-la, mas, sobretudo, porque a lei prevê expressamente que tanto o empregador quanto o empregado podem recusar a sua aplicação⁵²².

Observa-se que a diferença entre as duas hipóteses acima aludidas é que na primeira o pagamento da indenização está condicionado à ocorrência de prejuízo. Todavia, não é raro que o juiz

⁵¹⁹ LYON-CAEN, Gerard, PÉLISSIER, Jean, SUPIOT, Alain. *Droit du travail*. 17^a ed. Paris: Dalloz, 1994. p. 287. De modo geral, o trabalhador logra êxito na prova desse prejuízo, obtendo, assim, a indenização, cujo valor não encontra limitação legal, podendo ser até mesmo de 10 meses de salário. RAY, Jean-Emmanuel. *Droit du Travail*. p. 287.

⁵²⁰ Cita-se, ilustrativamente, o caso de um trabalhador que permaneceu desempregado por 14 dias e recebeu a indenização equivalente a 30 meses de salário (decisão da Corte de Cassação, “Chambre Sociale”, de 02 de julho de 2003). RAY, Jean-Emmanuel. *Droit du Travail*. p. 286.

⁵²¹ RAY, Jean-Emmanuel. *Droit du Travail*. p. 286.

⁵²² RAY, Jean-Emmanuel. *Droit du Travail*. p. 285-286.

tome como parâmetro o valor de 6 meses de salário, que é previsto legalmente para a segunda hipótese⁵²³.

O aviso-prévio devido na dispensa do empregado é proporcional ao seu tempo de serviço, sendo fixado legalmente entre o mínimo de 1 mês e o máximo de 2 meses. A sua não concessão gera para o obreiro o direito a uma indenização, cujo valor corresponde à remuneração que teria percebido no período do aviso frustrado. A contratação coletiva e o pacto individual podem estabelecer um aviso-prévio mais longo⁵²⁴.

Ressalta-se que o empregado que tiver ao menos 2 anos de tempo de serviço na empresa, mesmo que dispensado por justa causa (salvo se esta configurar uma falta grave), faz jus ao recebimento de uma indenização de antiguidade⁵²⁵.

Cumpra-se notar que a dispensa do empregado é legalmente proibida caso baseada nas seguintes razões: atuação como representante dos empregados; raça, cor, religião, opinião política, etc.; reclamação relativa ao tratamento paritário entre homem e mulher com relação às condições de trabalho; gravidez; ausência do trabalho em virtude da prestação de serviço político ou civil. Caso o patrão proceda a uma dispensa proibida, esta é nula e o empregado tem direito à reintegração. Se o motivo for o exercício de atividade de representação dos trabalhadores ou gravidez, o empregador é condenado a pagar uma indenização correspondente à remuneração que o obreiro teria percebido durante o período de proibição da dispensa.

Uma dispensa cujo motivo é contrário aos direitos fundamentais do empregados, mas que não seja proibida por lei, será declarada incorreta e abusiva pelo juiz. Este deve propor ao patrão a reintegração do empregado e, caso esta seja recusada, deve condená-lo ao pagamento de uma indenização⁵²⁶.

4.3.2 Dispensa por motivo pessoal

A dispensa por motivo pessoal é aquela ocasionada por uma causa real e séria relacionada ao comportamento ou situação pessoal do trabalhador (v.g., prática de uma falta, insuficiência

⁵²³ “Os juízes não podem atribuir uma indenização equivalente a seis meses de salário sem ter analisado a importância do prejuízo sofrido, mas eles podem condenar o empregador a pagar uma indenização igual a seis meses de salário desde que eles precisem que se trata de danos e interesses correspondentes à importância do prejuízo ocasionado pela dispensa.” RAY, Jean-Emmanuel. *Droit du Travail*. p. 296. Tradução nossa.

⁵²⁴ COMISSÃO EUROPÉIA. *Termination of employment relationships*. p. 82 e 129.

⁵²⁵ COMISSÃO EUROPÉIA. *Termination of employment relationships*. p. 78 e 131.

⁵²⁶ COMISSÃO EUROPÉIA. *Termination of employment relationships*. p. 51.

profissional, etc.). Independentemente do número de empregados da empresa ou do tempo de serviço do trabalhador, a lei impõe ao empregador a observância de um procedimento antes de efetuar a dispensa. Ele assegura ao empregado o conhecimento do motivo da dispensa e a possibilidade de exercer o seu direito de defesa. Essa formalidade tem também, por vezes, o efeito de dissuadir o empregador, seja por sua complexidade, seja porque este deve comunicar ao empregado, frente a frente, a sua dispensa.

Assim, exige-se uma tentativa prévia de conciliação na empresa, na qual o trabalhador pode ser assistido. Depois desse encontro, deve-se respeitar o prazo mínimo de 2 dias úteis, para a reflexão do patrão, após o qual, se este decidir realmente pela dispensa, deve comunicá-la formalmente, bem como os seus motivos, por meio de carta registrada com aviso de recebimento. Tais motivos devem ser os mesmos que foram apresentados pelo empregador no encontro anterior, ficando esse último a eles vinculado em uma eventual demanda judicial. Desrespeitado esse procedimento, o empregador deve pagar uma indenização, fixada, segundo a gravidade da irregularidade, entre o mínimo simbólico de 1 euro e o máximo de 1 mês de salário.

O Código do Trabalho (CT) prevê, ainda, uma proteção especial ao empregado que seja representante sindical, representante dos empregados (delegados de pessoal) ou membro do Comitê de Empresa. A sua dispensa está condicionada à autorização do inspetor do trabalho responsável pela área onde se localiza o estabelecimento. Essa autoridade administrativa está sempre sujeita ao controle judicial por excesso de poder. O motivo da dispensa não pode estar, de modo algum, relacionado às funções representativas normalmente exercidas ou à filiação sindical do trabalhador⁵²⁷.

No caso de o pedido de autorização para a dispensa ser fundado em um motivo econômico, cabe ao inspetor do trabalho verificar se a situação da empresa justifica a dispensa, levando em conta, sobretudo, a necessidade da redução de pessoal e a possibilidade de se transferir o empregado para outro posto na empresa ou no grupo ao qual esta pertence. Além disso, para recusar a autorização, o inspetor tem a faculdade de invocar motivos de interesse geral, com base no seu poder discricionário, ressalvando-se que nenhum dos interesses em jogo deve ser prejudicado excessivamente ou desnecessariamente⁵²⁸.

4.3.3 Dispensa por motivo econômico

⁵²⁷ Também depende da autorização prévia do inspetor do trabalho a dispensa do obreiro que seja: conselheiro dos empregados (“conseiller du salarié”); membro do “Conseil des prud’hommes”; médico da empresa; ou administrador da Seguridade Social. COMISSÃO EUROPEIA. *Termination of employment relationships*. p. 63.

⁵²⁸ KELLER, Rémi. La nécessité de sauvegarder la compétitivité de l’entreprise peut justifier un licenciement pour motif économique. Conseil d’État, 8 mars 2006. *Droit Social*, Paris, Éditions Techniques et Économiques, n. 09-10, p. 857-860, set./out. 2006. p. 860.

A dispensa coletiva por motivo econômico não foi contemplada pela Lei de 13 de julho de 1973, a qual a exclui expressamente do campo de aplicação dos novos dispositivos. Todavia, em 03 de janeiro de 1975, é emanado o primeiro texto legal “relativo às dispensas por causa econômica”. Essas normas sofreram várias modificações ao longo dos anos até se chegar à disciplina atual, que será descrita abaixo.

Existe uma definição geral de dispensa por motivo econômico e, dentro dessa categoria, há subdivisões. A configuração dessa figura implica a incidência das normas aplicáveis a toda dispensa (acima mencionadas) e a aplicação de regras próprias, como a consulta aos representantes dos trabalhadores, o dever de informação à autoridade administrativa, de propor aos empregados uma convenção de conversão (e, por vezes, a elaboração de um plano social), a prioridade de recontração dos obreiros dispensados e o direito de ação dos sindicatos como substitutos processuais dos trabalhadores.

Essa definição, que consta do art. L. 321-1, do CT, e foi elaborada com base na Diretiva comunitária n. 129, de 1975, é formada por três elementos. O primeiro, de caráter negativo, é relativo ao motivo: sendo este econômico, ele não pode ser “inerente à pessoa do trabalhador”, o que exclui o motivo disciplinar, a doença prolongada, a idade, a inaptidão física ou profissional, etc. O segundo elemento é que o motivo econômico implica necessariamente a supressão ou transformação do emprego, ou uma modificação de um elemento essencial do contrato de trabalho recusada pelo obreiro. Caso este seja dispensado, mas seu posto de trabalho seja mantido e ocupado por outro empregado, o motivo da dispensa é, obviamente, inerente à sua pessoa e não uma causa econômica.

O terceiro elemento é que a razão da supressão ou da transformação do emprego deve ser econômica, isto é, de ordem conjuntural ou de ordem estrutural. A primeira, consoante J. SAVATIER, consiste em “acontecimentos exteriores à empresa que apresentam um caráter suficientemente excepcional e imprevisto para obrigar o empregador a modificar o seu modo de exploração normal”. A segunda é uma noção muito fluida, pois toda modificação nos postos de trabalho na empresa parece constituir, a princípio, uma reorganização dessa última e, nesse sentido, uma operação de reestruturação. Segundo J.J. DUPEYROUX, “a palavra estrutural, que evoca uma reorganização da empresa, não quer dizer nada”⁵²⁹.

De fato, a jurisprudência interpreta de maneira bastante ampla a expressão “motivo econômico de ordem estrutural”. A Lei de 02 de agosto de 1989 alterou formalmente a redação do dispositivo, mas

⁵²⁹ LYON-CAEN, Gerard, PÉLISSIER, Jean, SUPIOT, Alain. *Droit du travail*. p. 303-304.

manteve a sua substância: a supressão ou modificação do emprego deve ser consecutiva notadamente a “dificuldades econômicas” (conjuntura) ou a “mutações tecnológicas” (expressão mais precisa do que causa estrutural).

Assim, por exemplo, uma redução importante da atividade da empresa pode constituir o motivo econômico, mas uma simples diminuição conjuntural ou uma baixa da lucratividade dos negócios não justifica a dispensa. Nesse sentido, podem ser citadas a decisão do Conselho de Estado no caso “Société Hôtel Commodore”, de 28 de julho de 1999, e a decisão da Corte de Cassação no caso “Société nouvelle des établissements Larroque”, de 22 de fevereiro de 1994⁵³⁰.

Com efeito, a mera procura de um incremento dos lucros, mesmo que constitua o objetivo principal e legítimo de toda empresa, não pode justificar a dispensa, como decidido pela Corte de Cassação, em 26 de novembro de 1996, no caso “Société Marquis Hôtel Partnership”. Também o Conselho de Estado, no caso “Madame Moranzoni”, de 08 de março de 2006, decidiu que um simples declínio das atividades de um dos ramos da empresa, bem como a mera vontade desta de melhorar a sua competitividade ou produtividade, não justificam a dispensa⁵³¹.

4.3.4 Dispensa coletiva

Há três categorias de dispensa por motivo econômico, que são sujeitas a regras distintas: as dispensas individuais; as “pequenas” dispensas coletivas, que envolvem entre 2 e 9 empregados e são realizadas no período de 30 dias; as “grandes” dispensas coletivas que envolvem 10 ou mais empregados e são realizadas no mesmo período.

No caso da dispensa individual (independentemente do número de empregados da empresa e do tempo de serviço do obreiro) e da pequena dispensa coletiva, o empregador é obrigado a realizar uma reunião prévia com os trabalhadores que pretende dispensar. No caso da grande dispensa coletiva, o empregador é dispensado dessa formalidade caso exista uma representação dos trabalhadores da empresa (art. 122-14, do CT).

As regras relativas a essa formalidade, sendo as mesmas da dispensa por motivo pessoal, foram analisadas acima. Todavia, no caso da dispensa por motivo econômico, há alguns deveres adicionais: o tempo exigido entre a data da reunião e a notificação da dispensa é mais longo e o empregador, ao convocar um obreiro com 2 anos ou mais de serviço para a reunião, deve remeter-lhe um documento

⁵³⁰ KELLER, Rémi. La nécessité de sauvegarder la compétitivité. p. 857-858.

⁵³¹ KELLER, Rémi. La nécessité de sauvegarder la compétitivité. p. 859-860.

contendo informações sobre os contratos de conversão. A inobservância das formalidades em comento acarreta as mesmas sanções aplicáveis às dispensas por motivo pessoal, vistas acima.

Cumprido notar que o empregador deve informar por escrito ao Comitê de Empresa, anualmente, a evolução do emprego ao longo do ano anterior e as suas previsões para os anos seguintes relativas ao emprego, às qualificações e às ações a serem realizadas em matéria de formação (art. L. 432-1-1, do CT). Há um debate anual sobre esses temas, o qual deve ser seguido por uma conclusão. A ata da reunião é transmitida à autoridade administrativa. O objetivo da lei é estabelecer uma verdadeira consulta e estímulo a uma gestão previsível do emprego.

É essencial que a escolha dos trabalhadores a serem dispensados não seja arbitrária. Em geral, os critérios são estabelecidos pelo contrato coletivo aplicável e, na sua ausência, pelo empregador, após consultar o Comitê de Empresa ou os delegados de pessoal. Deve-se considerar: os encargos familiares; a antiguidade na empresa; as qualidades profissionais; as “características sociais” dos trabalhadores, como a idade e a deficiência, que tornam a sua reinserção mais difícil. Tais parâmetros são aplicáveis inclusive na dispensa individual e o empregado, ao receber a notificação da dispensa, pode exigir do patrão por escrito os critérios utilizados. Caso a ordem estabelecida não tenha sido de fato seguida, o empregado tem direito a ser indenizado (art. 321-1-1, do CT).

Na dispensa de trabalhadores com 50 anos ou mais, o empregador deve, salvo nas exceções previstas em lei, recolher ao ente gestor do seguro-desemprego um montante, a título de penalidade, que varia de 1 a 6 meses do valor da remuneração do obreiro.

Os procedimentos de informação e de consulta aos representantes obreiros somente se aplicam, em princípio, às dispensas coletivas e não às individuais. Há, no entanto, uma exceção: no caso de empresa sujeita à legislação sobre os Comitês de Empresa, caso sejam dispensados por motivo econômico, durante três meses consecutivos, mais de 10 trabalhadores no total, sem atingir 10 pessoas em um mesmo período de 30 dias, toda nova dispensa por motivo econômico, mesmo que individual, é submetida aos procedimentos aplicáveis às grandes dispensas coletivas.

No caso das pequenas dispensas coletivas, o Comitê de Empresa (ou, na sua falta, os delegados de pessoal) também é informado e consultado. O empregador deve encaminhar-lhe, juntamente com a convocação para uma reunião, informações sobre as razões econômicas e financeiras ou técnicas que conduziram ao projeto de dispensa, o número de trabalhadores da empresa, o número daqueles que se pretende dispensar e as respectivas categorias profissionais, os critérios aplicáveis para a escolha, o calendário previsto para as dispensas (art. 321-4, do CT). Essa consulta deve preceder, naturalmente, a convocação dos trabalhadores envolvidos para a reunião acima mencionada.

No caso das grandes dispensas coletivas, o empregador, nas empresas com menos de 50 trabalhadores, deve se reunir com os delegados de pessoal e, ao convocá-los, deve fornecer-lhes, além das informações supra, aquelas relativas às convenções de conversão, sobre as quais falaremos abaixo. Já nas empresas com mais de 50 empregados, o patrão deve consultar o Comitê de Empresa, convocando ao menos duas reuniões e informando-lhe, juntamente com a convocação, sobre o plano social, que será abaixo explicitado. Em ambos os casos, o empregador irá consultar os representantes obreiros sobre as medidas que pretende adotar para evitar as dispensas ou limitá-las e para facilitar a recolocação dos obreiros cuja dispensa não pode ser evitada. O Comitê de Empresa pode se fazer assistir por um perito contábil, para esclarecer eventuais dúvidas (art. 434-6, do CT).

O empregador que descumpre as obrigações de informação e de consulta está sujeito a sanções civis e penais: deve indenizar o empregado pelos prejuízos causados (art. 122-14-4, do CT) e sofre a sanção prevista para o delito de entrave ao exercício regular das funções de delegado de pessoal ou ao funcionamento regular do Comitê de empresa.

De 1975 a 1986, vigorou a obrigatoriedade da autorização administrativa prévia (do diretor do Departamento do Trabalho) para que o empregador pudesse realizar a dispensa, individual ou coletiva, por motivo econômico. Essa exigência foi revogada pelas Leis de 03 de julho e de 30 de dezembro de 1986; a tarefa que outrora cabia à autoridade administrativa cumprir “a priori” foi transferida para o juiz, que a realiza “a posteriori”.

O empregador que pretende proceder à dispensa por motivo econômico deve, no entanto, informá-lo ao diretor do Departamento do Trabalho e do Emprego. No caso da dispensa individual ou da pequena dispensa coletiva, essa informação é “a posteriori”, devendo ser realizada no prazo de 8 dias após o envio das notificações de dispensa aos empregados envolvidos. Essa informação permite à autoridade administrativa controlar se ocorreu a dispensa de 10 ou mais trabalhadores no período de 30 dias, e, assim, se é aplicável o procedimento das grandes dispensas coletivas. O empregador que descumpre essa obrigação de informação deve pagar uma multa.

No caso de grande dispensa coletiva, o empregador deve remeter à autoridade administrativa o conjunto de informações enviadas aos representantes dos trabalhadores no mesmo momento que as expede a esses últimos (art. L. 321-4, do CT). Deve enviar-lhe também, posteriormente, as atas das reuniões com o Comitê de Empresa ou com os delegados de pessoal e, por fim, o projeto de dispensa. A inobservância desses deveres é penalmente sancionada. Como vimos, no caso de grande dispensa coletiva em empresa que ocupa ao menos 50 empregados, o empregador deve elaborar e implementar um plano social, o qual também deve ser informado à autoridade administrativa.

É importante observar que essa autoridade não exerce nenhum controle sobre o caráter real e sério do motivo econômico alegado pelo empregador. O seu controle concerne apenas à regularidade do procedimento de consulta e às medidas sociais de acompanhamento (plano social ou convenções de conversão) que devem ser propostas pelo empregador. Caso constatare alguma irregularidade, a autoridade administrativa envia um parecer ao empregador que tem a obrigação de respondê-lo e de enviar uma cópia da sua resposta aos representantes dos trabalhadores (art. 321-7, do CT), não podendo enviar a notificação das dispensas aos empregados antes de dar essa resposta.

No caso de dispensa individual ou de pequena dispensa coletiva, o empregador não pode notificar o empregado da sua dispensa antes do prazo de 7 dias contado da data em que o obreiro foi convocado para a reunião. No caso da grande dispensa coletiva, esta não pode ser notificada ao empregado antes de um prazo que varia entre 30 e 60 dias (segundo o número de dispensas), o qual é contado da data da informação do projeto de dispensa ao diretor do Departamento do Trabalho.

A notificação da dispensa deve conter o motivo econômico que a justifica, indicar que o empregado dispõe de um prazo para aceitar ou recusar a convenção de conversão e mencionar o seu direito à prioridade na recontração.

Na eventual ação promovida pelo trabalhador para contestar a validade da sua dispensa, o juiz deverá verificar a realidade do motivo econômico, isto é, a existência da supressão ou transformação do emprego ou da modificação substancial do contrato de trabalho, das dificuldades econômicas, das mutações tecnológicas ou de uma outra causa não inerente à pessoa do trabalhador. A ausência da realidade da causa evidencia-se, por exemplo, no caso de o empregado ter sido substituído, de a causa verdadeira ser a sua idade ou de as dificuldades econômicas invocadas não existirem.

Consoante a jurisprudência consolidada da Corte de Cassação, a dispensa por motivo econômico é injustificada quando era possível recolocar o empregado cujo posto de trabalho foi suprimido em outro posto na empresa ou no grupo a que esta pertence. Desse modo, existe uma verdadeira obrigação de recolocação a cargo do empregador. Além disso, segundo a mesma jurisprudência, os juízes devem averiguar se a conduta do empregador foi a de um patrão normalmente diligente, de modo que, ilustrativamente, deve ser considerada como desprovida de causa real e séria a dispensa do obreiro quando o empregador contribuiu conscientemente para a existência das dificuldades econômicas⁵³².

⁵³² LYON-CAEN, Gerard, PÉLISSIER, Jean, SUPIOT, Alain. *Droit du travail*. p. 319-320.

Ressalta-se que as organizações sindicais podem ajuizar a ação em favor do obreiro, sem mandato por este conferido, desde que ele tenha sido advertido e não tenha se oposto.

No caso de a dispensa por motivo econômico carecer de uma causa real e séria, independentemente de ela ser individual ou coletiva, as sanções são aquelas aplicáveis às dispensas em geral, inclusive àquela por motivo pessoal, as quais foram descritas acima. Mas se a dispensa é irregular em razão de vício no procedimento, as sanções aplicáveis, que são penais e civis, variam de acordo com a irregularidade cometida, a antiguidade do empregado e o número de empregados da empresa. Quanto à sanção civil, se o empregado trabalha nessa última há no mínimo 2 anos e ela conta com ao menos 11 obreiros, ele faz jus a uma indenização que não pode superar 1 mês de salário (no caso de dispensa individual) ou a uma indenização correspondente aos prejuízos sofridos (no caso de dispensa coletiva). Caso os requisitos mencionados não se façam presentes, o empregado faz jus a uma indenização calculada em razão do prejuízo sofrido no caso de a dispensa, individual ou coletiva, ser julgada abusiva (art. 122-14-5, do CT).

O empregado dispensado por motivo econômico goza dos mesmos direitos, em termos de aviso-prévio, de indenizações e de seguro-desemprego, que aquele dispensado por motivo pessoal. Todavia, faz jus a algumas vantagens adicionais, como o direito à prioridade na recontração na empresa, durante o período de 1 ano após a dispensa, desde que manifeste o seu desejo em exercê-lo nos quatro meses seguintes a esta. Esse direito deve ser mencionado na notificação da dispensa.

A denominação “plano social”, prevista pelo art. L. 321-4-1, do CT, é inspirada no Direito alemão. A sua elaboração é obrigatória para a empresa com mais de 50 empregados que pretende proceder a uma grande dispensa coletiva. Deve ser elaborado por meio de acordo com os representantes dos trabalhadores e, na falta destes, o plano é afixado nos locais de trabalho. Ele deve ser levado ao conhecimento da autoridade administrativa, juntamente com as observações feitas por esses representantes. Tal autoridade pode dirigir ao empregador propostas de complementação ou de modificação do plano, as quais são comunicadas também aos representantes obreiros ou afixadas nos locais de trabalho (art. 321-7, do CT). O empregador é obrigado a responder a essas propostas motivadamente.

O objetivo do plano social é evitar as dispensas ou limitar o seu número e facilitar a recolocação dos empregados cujas dispensas não poderão ser evitadas. Ele deve conter obrigatoriamente um plano que visa à recolocação dos obreiros, o qual deverá prever outras medidas além das convenções de conversão, como as ações de recolocação interna ou externa à empresa, de formação ou de conversão,

medidas de redução ou de reorganização da duração do trabalho. Caso esse plano não seja apresentado aos representantes dos empregados, o juiz pode declarar a nulidade da dispensa.

O procedimento de dispensa por motivo econômico pode também ser encerrado pela convenção de conversão, que é firmada entre a empresa, o Estado, o ente gestor do seguro-desemprego e o trabalhador interessado. A adesão deste à convenção implica a ruptura imediata do contrato de trabalho pela modalidade do distrato (art. L. 321-6, do CT). Em troca, o obreiro irá contar com o recebimento de benefícios de conversão (prestações em dinheiro) e de ações personalizadas que visam à sua recolocação no mercado de trabalho.

A Lei de 02 de agosto de 1989 generalizou o instituto em tela a toda dispensa por motivo econômico: a sua proposição é obrigatória, independentemente do tamanho da empresa e do número de empregados a serem dispensados. Nas grandes dispensas coletivas, a convenção de conversão deve constar do plano social. Se o patrão realiza a dispensa sem propô-la, deve pagar ao ente gestor do seguro-desemprego o valor correspondente a 1 mês de remuneração do empregado e este pode obter em juízo uma indenização pelo prejuízo sofrido, consistente na “perda de uma chance”, como já decidiu a Corte de Cassação⁵³³.

A ruptura contratual por meio dessa convenção se diferencia da dispensa, pois pressupõe a concordância do empregado. Considerando que o contrato de trabalho de todo modo será cessado, na verdade o obreiro apenas escolhe entre a dispensa “seca” e a perda do posto de trabalho com uma assistência que lhe facilitará a obtenção de um novo emprego. A notificação da dispensa menciona o prazo de reflexão (21 dias) de que o empregado dispõe para aceitar ou recusar essa convenção.

O obreiro que decide aceitá-la não tem direito à indenização relativa à dispensa, mas, sim, “à percepção de uma indenização cujo montante e regime fiscal e social são os mesmos da indenização de dispensa prevista pela lei ou pela convenção coletiva e calculada com base na antiguidade que o interessado terá alcançado se ele tivesse cumprido o aviso-prévio” (art. L. 321-6, alínea 4, do CT). Ele não tem direito ao aviso-prévio ou à indenização substitutiva deste. Todavia, o valor correspondente aos dois primeiros meses desse último deve ser recolhido pelo empregador ao ente gestor do seguro-desemprego para financiar parcialmente os benefícios que serão pagos ao empregado após a ruptura do contrato.

Além disso, o obreiro tem direito à prioridade na recontração pela empresa. Todavia, não faz jus a alguns direitos conferidos ao empregado dispensado, como o de exigir a notificação por escrito do

⁵³³ LYON-CAEN, Gerard, PÉLISSIER, Jean, SUPIOT, Alain. *Droit du travail*. p. 327.

motivo econômico que justifica a ruptura contratual e de contestar a ordem seguida na realização das dispensas. O empregado que adere à convenção beneficia-se, durante cinco meses, de ações de recolocação e das prestações em dinheiro acima mencionadas. Mas essa recolocação não é garantida, de modo que, expirado esse período, o obreiro encontra-se em situação de desemprego ordinário.

4.3.5 A situação especial dos altos empregados (“cadres”)

No Direito francês, a lei e, sobretudo, o contrato coletivo, considerando a prática do mundo do trabalho, estabelecem uma distinção essencial, embora bastante vaga, entre os trabalhadores subordinados, dividindo-os em três grupos: operários, empregados ou colaboradores e quadros (“cadres”).

Os contratos coletivos consagram, em geral, um anexo à categoria dos quadros, por eles definida. A pertinência à categoria é normalmente subordinada a uma dupla condição. A primeira é ter recebido a formação necessária para exercer a função, o que é freqüentemente atestado por um diploma (são os quadros “por título”). Mas tal formação profissional pode também ter sido adquirida pela experiência pessoal, ou pela formação permanente, e reconhecida como equivalente pelo empregador.

A segunda condição é exercer por delegação do patrão, com uma margem de iniciativa e de responsabilidade, um comando sobre os colaboradores ou funções que exijam a utilização de uma técnica. A jurisprudência considera esse critério essencial⁵³⁴. Situados no vértice dos trabalhadores subordinados, os quadros ocupam uma posição privilegiada na empresa, estando próximos à direção, da qual a sua carreira depende. Todavia, eles não dispõem de poderes próprios, sendo estes necessariamente delegados.

A necessidade de justificação da dispensa aplica-se também aos quadros. Todavia, a jurisprudência tende a apreciar o comportamento desses trabalhadores em relação à empresa com um rigor maior (ao menos quanto aos quadros médios e superiores). Nesse sentido, todo desacordo, toda atitude que inspira a desconfiança do empregador justifica a dispensa. Trata-se da obrigação dita “de lealdade” dos quadros⁵³⁵.

⁵³⁴ Assim, foram considerados quadros pela jurisprudência francesa: um diretor adjunto que exercia uma autoridade sobre 19 empregados com as mais amplas iniciativas e responsabilidade; um trabalhador encarregado da gestão administrativa de pessoal: contratação, estabelecimento dos contratos, dispensas, larga autonomia de julgamento e de iniciativa, em uma empresa de quase 500 obreiros. Uma decisão cuidou de ressaltar que é o “grau de iniciativa e de responsabilidade que faz o quadro”. LYON-CAEN, Gerard, PÉLISSIER, Jean, SUPIOT, Alain. *Droit du travail*. p. 88.

⁵³⁵ LYON-CAEN, Gerard, PÉLISSIER, Jean, SUPIOT, Alain. *Droit du travail*. p. 89.

A proteção do emprego dos quadros é propiciada, ainda, por um longo aviso-prévio e uma indenização de dispensa elevada, calculada em razão da antiguidade. Até recentemente, o desemprego na França não atingia os quadros, situação esta que se alterou, gerando uma sensibilização mais geral aos problemas do emprego no País.

4.3.6 A tentativa de se instituir o Contrato de Primeiro Emprego (CPE)

4.3.6.1 A disciplina prevista para o CPE

O Contrato de Primeiro Emprego - “Contrat Première Embauche” – encontrava-se previsto no art. 8º de um Projeto de Lei relativo à igualdade de oportunidades. Consistia em um pacto por prazo indeterminado que poderia ser firmado entre uma empresa com mais de 20 empregados e um jovem com menos de 26 anos. Era previsto um período de prova de 2 anos, durante o qual o trabalhador poderia ser dispensado imotivadamente, não se exigindo, portanto, a presença de uma causa real e séria, nem a realização dos procedimentos formais acima descritos. Era devido apenas um aviso-prévio de 15 dias, entre o segundo e o sexto mês do pacto, e de 1 mês, se a duração do contrato tivesse sido maior⁵³⁶.

Sendo imotivada a dispensa, dever-se-ia também pagar uma indenização no valor de 8% sobre o montante total da remuneração bruta devida ao empregado desde o início do contrato. Além disso, era obrigatória a observância de um prazo mínimo de 3 meses para que as partes pudessem celebrar entre si um novo CPE.

O empregado contratado por meio do CPE, durante o período de prova, era excluído do art. L. 122-14-14, do CT, que obriga o empregador a conceder ao obreiro que seja representante dos trabalhadores o tempo necessário ao exercício das suas atividades, com o limite de 15 horas por mês. Essa exclusão implicaria, na prática, a impossibilidade de esse obreiro exercer tal função. Ele era excluído também do campo aplicação das normas que regem a dispensa coletiva por motivo econômico, acima vistas⁵³⁷.

⁵³⁶ O texto a seguir, relativo à tentativa de se instituir o CPE na França, corresponde, com algumas modificações, ao seguinte artigo: PORTO, Lorena Vasconcelos, VIANA, Márcio Túlio. Flexibilização trabalhista e desemprego: a recente polêmica da Lei do Primeiro Emprego na França. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 33, n. 126, p. 96-106, abr./jun. 2007.

⁵³⁷ PRÉTOT, Xavier. Les garanties du salarié face au licenciement ont-elles une base constitutionnelle? p. 495.

As normas aplicáveis ao CPE, portanto, reduziam consideravelmente a proteção contra a dispensa prevista pela disciplina geral do Direito francês. Como vimos, esta impõe a observância de um procedimento formal prévio pela empresa e, caso a dispensa seja imotivada, garante ao empregado uma indenização de alto valor (ou, eventualmente, a sua reintegração). O regime do CPE, além de não assegurar esse procedimento, prevê uma indenização de valor bastante reduzido. Isso torna bem mais simples e menos onerosa a dispensa imotivada, contribuindo, portanto, para a sua maior ocorrência no País.

4.3.6.2 O desemprego entre os jovens na França

Nos dias atuais, a taxa de desemprego entre os jovens franceses com menos de 25 anos é estimada em 22,8%⁵³⁸. O CPE foi proposto pelo então Primeiro-ministro DOMINIQUE DE VILLEPIN como uma medida de combate a esse grave problema social. Sustentava-se que uma maior flexibilização do contrato de trabalho dos jovens estimularia a sua contratação pelas grandes empresas, reduzindo o desemprego. Não se submetendo às exigências formais e às pesadas indenizações ligadas à dispensa imotivada, nos dois primeiros anos do contrato, as empresas seriam incentivadas a empregar a mão-de-obra juvenil.

O Projeto de Lei relativo à igualdade de oportunidades – inclusive o seu art. 8º, que criava o CPE – foi declarado válido pelo Conselho Constitucional francês, em 30 de março de 2006⁵³⁹. Em tal decisão, foi defendida a instituição do contrato, afirmando-se que ele respondia diretamente a uma exigência constitucional: “O CPE tende a concretizar, em benefício dos jovens, a exigência resultante da quinta alínea do Preâmbulo da Constituição de 1946: o direito de cada um à obtenção de um emprego”. Para justificar a derrogação às normas protetivas do Direito do Trabalho, o Conselho não hesitou em enquadrar os jovens na categoria das “pessoas desfavorecidas”⁵⁴⁰.

⁵³⁸ LE MONDE. L’impasse de la radicalisation. *Le Monde*, Paris, 23 mar. 2006. Disponível em: <www.lemonde.fr> Acesso em: 20 abr. 2006.

⁵³⁹ Essa decisão foi criticada por vários juristas, como o professor Xavier Prétot: “concluindo, sem qualquer reserva, pela conformidade à Constituição dos dispositivos relativos ao ‘contrato de primeiro emprego’, o Conselho Constitucional confirma plenamente a sua jurisprudência anterior, que o conduz, em matéria social, não apenas a reservar ao legislador um grande poder de apreciação, mas, além disso, a recusar toda interpretação um pouco mais construtiva, todo esforço de imaginação tendo em vista consolidar e conferir algum alcance aos direitos aos quais ele tende negar, definitivamente, toda pertinência à categoria das liberdades e direitos fundamentais”. PRÉTOT, Xavier. *Les garanties du salarié face au licenciement ont-elles une base constitutionnelle?* p. 499. Tradução nossa.

⁵⁴⁰ LE MONDE. Le Conseil constitutionnel, avocat du CPE. *Le Monde*, Paris, 01 abr. 2006. Disponível em: <www.lemonde.fr> Acesso em: 20 abr. 2006.

4.3.6.3 A oposição dos sindicatos, trabalhadores e estudantes ao CPE

Desde o anúncio da criação do CPE pelo citado primeiro-ministro, em 16 de janeiro de 2006, começaram a se organizar grandes protestos. O movimento estudantil realizou manifestações, ocupando colégios, universidades, ruas, estações ferroviárias, e convocou uma greve geral no País⁵⁴¹. A eles se uniram os trabalhadores, as confederações sindicais francesas (FO, CGT, CFDT e UNEF)⁵⁴² e até mesmo uma parte do empresariado, já prevendo que, face à grande contestação dos jovens, o CPE teria dificuldades de ser introduzido nas empresas⁵⁴³.

Os representantes dos estudantes e as confederações de trabalhadores reuniram esforços na realização de jornadas nacionais de greves e manifestações, como os dias 28 de março e 04 de abril, que reuniram milhões de manifestantes⁵⁴⁴.

A lei que previa o CPE já havia sido aprovada pelo Parlamento francês e recebido parecer favorável à sua validade pelo Conselho Constitucional. No entanto, no dia 10 de abril, o Presidente JACQUES CHIRAC anunciou a retratação: o CPE deixava de existir, sendo substituído por medidas para promover a inserção profissional de jovens em dificuldades. À época, o Primeiro-ministro VILLEPIN, que defendeu até o fim o CPE e a idéia de uma maior flexibilidade do contrato de trabalho, afirmou que “as condições necessárias de confiança e de serenidade não foram reunidas, nem do lado dos jovens, nem do lado das empresas, para permitir a aplicação do CPE”⁵⁴⁵.

Indubitavelmente, essa retratação foi fruto da enorme pressão exercida pelos trabalhadores, estudantes e sindicatos franceses⁵⁴⁶. Para MARYSE DUMAS, secretária da central sindical CGT, estava ali patente o “sucesso da ação convergente dos empregados, dos estudantes e também da unidade sindical”. GÉRARD ASCHIERI, da FSU, assevera que foi “uma vitória inegável do movimento social”, vez que o CPE em nada resolveria o problema do desemprego dos jovens, mas adverte que se deve

⁵⁴¹ LE MONDE. CPE : lycéens et étudiants appellent à une grève générale reconductible. *Le Monde*, Paris, 03 abr. 2006. Disponível em: <www.lemonde.fr> Acesso em: 20 abr. 2006.

⁵⁴² LE MONDE. Les syndicats, mécontents, maintiennent leur appel à la mobilisation. *Le Monde*, Paris, 31 mar. 2006. Disponível em: <www.lemonde.fr> Acesso em: 20 abr. 2006.

⁵⁴³ LE MONDE. Scènes de crise à Matignon. *Le Monde*, Paris, 30 mar. 2006. Disponível em: <www.lemonde.fr> Acesso em: 20 abr. 2006.

⁵⁴⁴ LE MONDE. Les opposants au CPE réitèrent leur démonstration de force. *Le Monde*, Paris, 06 abr. 2006. Disponível em: <www.lemonde.fr> Acesso em: 20 abr. 2006.

⁵⁴⁵ LE MONDE. Dominique de Villepin s'est résolu à annoncer le retrait du CPE. *Le Monde*, Paris, 10 abr. 2006. Disponível em: <www.lemonde.fr> Acesso em: 20 abr. 2006.

⁵⁴⁶ É interessante observar que o episódio gerou grande desgaste político para o Primeiro-ministro Villepin e o Presidente Chirac, cuja popularidade despencou para 29%. Isso o levou, inclusive, a desistir da apresentação de um Projeto de Lei que proíbe fumar em locais públicos, temendo prejudicar ainda mais a sua popularidade. REVISTA VEJA. Rendição no grito. *Revista Veja*, São Paulo, Abril, ano 39, n. 15, 19 abr. 2006. p. 70.

permanecer vigilante, pois a direção da política governamental não foi modificada. ALAIN OLIVE, secretário geral da UNSA, diz se tratar de “uma vitória incontestável e incontestada para aqueles que lutam há dois meses contra este contrato derogatório do Direito do Trabalho”.

4.3.6.4 O CNE: o “irmão” do CPE para as pequenas e médias empresas

Em setembro de 2005, entrou em vigor a lei que instituiu o Contrato de Novo Emprego (“Contrat Nouvelle Embauche”, doravante denominado CNE). Trata-se de um pacto escrito, de duração indeterminada, que pode ser estabelecido pelas empresas com menos de 20 empregados, sendo previsto um período de prova de dois anos (denominado por parte da doutrina de “período de precariedade”), no curso do qual o trabalhador pode ser dispensado imotivadamente⁵⁴⁷. Nessa hipótese, são devidos o aviso-prévio - de 1 mês, se o contrato durou ao menos 6 meses, e de duas semanas, se a duração foi inferior - e uma indenização no valor de 8% sobre o total da remuneração bruta devida desde o início do contrato. A empresa deve pagar, ainda, uma contribuição no valor de 2% sobre esse mesmo montante, destinada a financiar o acompanhamento do empregado por um serviço público que visa ao seu retorno ao mercado de trabalho. Além disso, deve ser observado o prazo mínimo de 3 meses para que as partes possam celebrar entre si um novo CNE.

Percebem-se as grandes semelhanças entre o CNE e o CPE, podendo-se dizer que aquele é o correspondente deste no âmbito das empresas menores, que contam com menos de 20 empregados. O CNE, ao não exigir que o trabalhador tenha menos de 26 anos, é ainda mais flexível, pois pode ser pactuado em um número maior de situações. Por outro lado, a sua instituição sequer pode ser justificada como uma medida específica de combate ao desemprego juvenil.

Resta saber se as mesmas forças que conduziram à retratação do CPE, encorajadas pela vitória, também reivindicarão a revogação do CNE, como já defende o Partido Socialista francês e a central sindical operária CGT⁵⁴⁸. Do lado empresarial, já se afirma a resistência: a confederação patronal “Le Medef”, que era contrária ao CPE, sustenta a manutenção do CNE, afirmando a necessidade de uma maior flexibilidade no caso das pequenas e médias empresas⁵⁴⁹.

⁵⁴⁷ DOCKÈS, Emmanuel. Du CNE au CPE, après le jugement du Conseil de prud'hommes de Longjumeau. *Droit Social*, Paris, Éditions Techniques et Économiques, n. 04, p. 356-362, abr. 2006. p. 356.

⁵⁴⁸ LE MONDE. Le PS réclame aussi l'abrogation du contrat nouvelles embauches. *Le Monde*, Paris, 04 abr. 2006. Disponível em: <www.lemonde.fr> Acesso em: 20 abr. 2006 e LE MONDE. Bernard Thibault sort victorieux du 48e congrès de la CGT. *Le Monde*, Paris, 28 abr. 2006. Disponível em: <www.lemonde.fr> Acesso em: 30 abr. 2006.

⁵⁴⁹ LE MONDE. Le patronat craint de voir le contrat nouvelles embauches emporté dans la tourmente. *Le Monde*, Paris, 06 abr. 2006. Disponível em: <www.lemonde.fr> Acesso em: 20 abr. 2006.

Os primeiros litígios relativos ao CNE já começam a surgir, com a propositura de ações judiciais pelos trabalhadores dispensados imotivadamente. Destaca-se a decisão do “Conseil des prud’hommes” de Longjumeau, de 28 de abril de 2006, que considerou a lei do CNE contrária à Convenção n. 158 da OIT, ratificada pela França. Esse tratado, como vimos, veda a dispensa imotivada, mas estabelece a possibilidade de um período de prova, no qual essa vedação inexistente, desde que este seja *razoável*. Nesse sentido, a decisão considerou que a lei do CNE, ao estabelecer um prazo excessivo - 2 anos - fere a Convenção n. 158, sendo, portanto, inválida. Conseqüentemente, reconheceu-se, no caso concreto, a celebração de um contrato por prazo indeterminado, condenando-se o empregador ao pagamento das indenizações relativas à dispensa injusta⁵⁵⁰.

Há aqueles que já prevêm que também a Corte de Cassação, seguindo a linha da sua jurisprudência anterior, conferirá uma interpretação bastante restritiva e exigente às normas do CNE, por ser um contrato derogatório das normas gerais de proteção contra a dispensa. Considerando, ainda, que a jurisprudência da Corte vem se mostrando bastante aberta às regras internacionais e européias relativas à matéria, ela pode vir a declarar a invalidade da disciplina do CNE em face, notadamente, da Convenção n. 158 da OIT, da Carta Social Européia e da Convenção Européia dos Direitos do Homem⁵⁵¹.

Importa observar que a Corte de Cassação já se pronunciou pela aplicabilidade direta da Convenção n. 158 no Direito francês, exemplo que, infelizmente, não foi seguido no Brasil pela Suprema Corte (STF), como vimos⁵⁵². Com relação à hierarquia normativa dessa Convenção no ordenamento francês, é necessário tecer algumas considerações.

A Corte de Cassação, após longa discussão, reconheceu, a partir de uma decisão de 1975, com fundamento no art. 55 da Constituição, a primazia dos tratados internacionais sobre as normas nacionais na ordem jurídica interna. No mesmo sentido se pronunciou o Conselho de Estado, em decisão prolatada em 1989⁵⁵³. Tal princípio de primazia aplica-se a todos os diplomas de direito

⁵⁵⁰ LE MONDE. Les prud’hommes de Longjumeau jugent le CNE contraire au droit international. *Le Monde*, Paris, 28 abr. 2006. Disponível em: <www.lemonde.fr> Acesso em: 30 abr. 2006.

⁵⁵¹ PRÉTOT, Xavier. Les garanties du salarié face au licenciement ont-elles une base constitutionnelle? p. 499-500. Tradução nossa.

⁵⁵² Decisão da Corte de Cassação (“Chambre Sociale”), de 29 de março de 2006, no caso Société Euromédia Télévision v. M. Christophe Peter. In PRÉTOT, Xavier. Les garanties du salarié face au licenciement ont-elles une base constitutionnelle? p. 504.

⁵⁵³ DUPLAT, Jacques. La durée du préavis au regard de la convention n° 158 de l’OIT. Cour de cassation, chambre social 29 mars 2006. *Droit Social*, Paris, Éditions Techniques et Économiques, n. 06, p. 636-641, jun. 2006. p. 637. O sistema jurídico francês é composto por duas ordens diferentes de juízes. A primeira é a “ordem judiciária” - em cujo vértice se encontra a Corte de Cassação -, competente para julgar as controvérsias entre sujeitos privados. A segunda é a ordem administrativa - cujo órgão de cúpula é o Conselho de Estado -, responsável pelo julgamento dos litígios que envolvem a

internacional, sejam eles acordos bilaterais ou convenções multilaterais. Assim, tratando-se especificamente do Direito do Trabalho, as Convenções da OIT, a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, a Carta Social Européia e os diplomas comunitários devem ser aplicados e, em caso de conflito de normas, prevalecem sobre as leis francesas. Foi este o entendimento adotado pela decisão do “Conseil des prud’hommes” de Longjumeau, acima mencionada.

Quanto à aplicabilidade direta de um tratado internacional, a jurisprudência francesa adotou um método pragmático, que combina ou alterna, conforme a matéria, os dois critérios – subjetivo e objetivo – desenvolvidos pela jurisprudência internacional. O subjetivo, que foi o primeiro a surgir, determina a aplicabilidade direta da norma a partir da intenção expressa por seus autores, buscando a vontade dos negociadores nos trabalhos preparatórios do texto e, em nível nacional, a vontade do Governo e do Parlamento presente nos debates travados na votação da lei de ratificação e, notadamente, nas reservas que eventualmente foram estabelecidas.

O critério objetivo, por sua vez, surgiu com o Direito comunitário, o qual instituiu uma nova ordem jurídica de Direito internacional cujos sujeitos não são apenas os Estados-membros, mas, igualmente, os seus cidadãos. Assim, desde 1963, a Corte de Justiça da Comunidade Européia enriqueceu o critério subjetivo com a noção do efeito direto das disposições comunitárias que prevêm direitos fundamentais, as quais devem ser salvaguardadas pelas jurisdições internas. O objetivo era atribuir maior efetividade aos diplomas comunitários.

A aplicação desse critério implica um exame completo de cada artigo para verificar se as normas são auto-suficientes para produzir efeitos jurídicos. Além disso, o seu destinatário real deve ser o particular, e não o Estado. Para tanto, um indício bastante útil é a presença de verbos como “assegurar”, “reconhecer” e “garantir” nas normas. Importa notar que as convenções sobre direitos fundamentais da pessoa gozam da presunção de aplicabilidade direta. Até o presente momento, a jurisprudência da Corte de Cassação não consagrou a prevalência de um critério sobre o outro, mas, ao que parece, a utilização do critério objetivo tende a ganhar maior importância⁵⁵⁴.

A aplicação desses critérios à Convenção n. 158 leva à conclusão da sua aplicabilidade direta. No que tange ao critério subjetivo, tem-se que, durante os debates acerca da ratificação, tanto o Governo quanto o Parlamento não expressaram nenhuma reserva sobre a sua aplicabilidade direta. Com

Administração Pública. In MARTELLONI, Federico, PASQUIER, Thomas. I licenziamenti in Italia e in Francia: la tutela del datore di lavoro. *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma, EDIESSE, ano LVII, n. 04, p. 779-818, out./dez. 2006. p. 797.

⁵⁵⁴ DUPLAT, Jacques. La durée du préavis au regard de la convention n° 158 de l’OIT. p. 637-638.

relação ao critério objetivo, é necessária uma tríplice verificação, relativa ao alcance obrigatório e normativo do diploma, ao seu destinatário e ao caráter completo ou preciso de suas normas. A análise dos dispositivos da Convenção n. 158 revela que ela atende a essas exigências, de modo que podemos concluir pela sua aplicabilidade direta. Com efeito, seguindo esse raciocínio, a Corte de Cassação, em decisão datada de 29 de março de 2006, chegou à mesma conclusão⁵⁵⁵.

4.3.6.5 Flexibilização trabalhista e desemprego: análise crítica

O argumento sustentado pelos defensores do CPE, de que este reduziria o desemprego, não encontra respaldo na realidade. Nos dias atuais, a inserção dos jovens no mercado de trabalho na França já se encontra marcada pela precariedade. Em regra, uma pessoa com menos de 30 anos já celebrou diversos contratos de trabalho, sendo maciça a utilização dos pactos de duração determinada⁵⁵⁶. Assim, na realidade atual já existe a possibilidade de se contratar os jovens de forma precária e menos onerosa, não sendo raro o seu uso pelas empresas. Isso, no entanto, não solucionou o problema do desemprego juvenil; ao contrário, somente contribuiu para agravá-lo.

Com efeito, conforme ressaltado por especialistas, o desemprego na França não decorre de uma suposta rigidez do Direito do Trabalho, mas, sim, da falta de crescimento econômico, da correlata ausência de confiança pela população e de um problema geral de educação e formação profissional⁵⁵⁷. São esses fatores que, em verdade, devem ser combatidos para se reduzir a desocupação juvenil e não acrescentar mais uma forma precária de contratação àquelas já previstas. De fato, conforme ironicamente afirmado por um autor, prosseguindo-se na tendência de precarização, as máquinas serão tratadas melhor do que o “capital humano”, pois que este se torna cada vez mais “descartável”⁵⁵⁸.

Desse modo, a flexibilização do Direito do Trabalho não é uma solução ao desemprego, contribuindo normalmente apenas para agravá-lo⁵⁵⁹. Ela desencadeia e acentua diversos problemas, como a rotatividade da mão-de-obra, a insegurança social, a carência de especialização e a falta de

⁵⁵⁵ DUPLAT, Jacques. La durée du préavis au regard de la convention n° 158 de l’OIT. p. 641.

⁵⁵⁶ LE MONDE. L’impasse de la radicalisation. Com efeito, “se ele tendia, ao menos era esse o objetivo anunciado por seus promotores, a facilitar aos jovens trabalhadores o acesso ao emprego, o ‘contrato primeiro emprego’ seria semelhante às diversas fórmulas de estágios e contratos que se multiplicaram desde o final dos anos 1970”. In PRÉTOT, Xavier. Les garanties du salarié face au licenciement ont-elles une base constitutionnelle? p. 495.

⁵⁵⁷ LE MONDE. Le contrat première embauche repose sur une erreur de diagnostic. *Le Monde*, Paris, 04 abr. 2006. Disponível em: <www.lemonde.fr> Acesso em: 20 abr. 2006.

⁵⁵⁸ LE MONDE. Un CPE pour les machines!. *Le Monde*, Paris, 24 mar. 2006. Disponível em: <www.lemonde.fr> Acesso em: 20 abr. 2006.

⁵⁵⁹ Vide VIANA, Márcio Túlio. Proteção ao emprego e estabilidade sindical: onde termina o discurso e começa a realidade. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 27, n. 104, p. 222-234, out./dez. 2001.

investimento das empresas nos trabalhadores, a redução do patamar salarial, o enfraquecimento do sindicato⁵⁶⁰. De modo reflexo, também a atividade empresarial e o desenvolvimento da economia do país restam prejudicados.

Costuma-se afirmar que as elevadas taxas de desemprego no capitalismo atual têm caráter estrutural, pois que decorrentes das profundas mudanças verificadas nas últimas décadas do século XX e que perduram no atual século: as inovações tecnológicas, o processo de reestruturação empresarial e a acentuação da concorrência, inclusive no plano internacional. Esse pensamento tem exercido grande influência nos países ocidentais, induzindo à formulação de reformas na área trabalhista, invariavelmente no sentido da desregulamentação do Direito do Trabalho, como é o caso do CPE⁵⁶¹.

Todavia, conforme demonstra MAURICIO GODINHO DELGADO, o problema do desemprego também apresenta um caráter conjuntural, sendo produto de políticas públicas de orientação ultraliberal (v.g., redução dos investimentos e da participação estatal na economia e na sociedade, altas taxas de juros, valorização artificial da moeda). Não é por acaso que assistimos atualmente a taxas recordes de desemprego se comparadas às prevalentes na época de ouro do Estado de Bem-Estar Social (décadas de 1950, 60 e 70)⁵⁶².

O autor destaca que os elevados índices de desemprego na Europa e nos EUA, nas décadas de 1920 e 1930, foram vencidos através de drástica mudança na política econômica, abandonando-se inteiramente o liberalismo até então dominante, por meio da intervenção do Estado na economia, da restrição ao mercado financeiro, do fortalecimento da legislação trabalhista e da maior valorização do trabalho e do emprego⁵⁶³. Essa mesma mudança, de comprovada eficácia no passado, deveria também ser adotada no momento atual, como forma de combate à desocupação.

O Estado de Bem-Estar Social, através da promoção e da proteção do trabalho, propiciou uma maior distribuição da renda e maior democratização nos países capitalistas centrais, notadamente na

⁵⁶⁰ Entre os inúmeros prejuízos causados aos jovens pela precarização, podemos citar a dificuldade de acesso a financiamentos junto ao sistema financeiro, como o relativo à aquisição de casa própria. Como observado por Noël Amenc, diretor de um centro de pesquisas na Escola dos Altos Estudos Comerciais (Edhec), “o CPE passa uma mensagem negativa ao sistema bancário, aquela de uma clientela da qual os fluxos de renda podem se interromper a qualquer momento e à qual, portanto, é arriscado efetuar empréstimos”. In LE MONDE. Confrontées à la précarisation des jeunes, les banques cherchent à s'adapter. *Le Monde*, Paris, 24 mar. 2006. Disponível em: <www.lemonde.fr> Acesso em: 20 abr. 2006. Tradução nossa.

⁵⁶¹ Destaca-se o papel exercido por grande parte da mídia, reproduzindo esse discurso: a Revista Veja, por exemplo, ao tratar do CPE, no mencionado artigo, afirma que “a flexibilização do mercado de trabalho ajuda a gerar novos empregos da Inglaterra à Eslováquia e da Espanha à Finlândia, mas é repudiada com vigor pelo código genético dos sindicatos franceses, acostumados a empregos vitalícios”. Ao comentar a substituição do CPE por outras medidas, afirma que se trata de “uma fórmula que adia a solução do problema do desemprego”. In REVISTA VEJA. Rendição no grito. p. 70.

⁵⁶² DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*. p. 83.

⁵⁶³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*. p. 100.

Europa, incluindo-se aí a França. Isso contribuiu para a expansão da educação e para a maior conscientização dos direitos pela população, levando-a a lutar contra as medidas do Governo contrárias aos seus interesses, o que restou claramente demonstrado no episódio do CPE. É evidente, portanto, que o Direito do Trabalho caminha de mãos dadas, lado a lado, com a construção de uma sociedade mais igualitária, justa e democrática, daí a importância da luta contra a sua destruição.

Por fim, seguindo a máxima de que devemos também procurar, em cada situação, um eventual traço positivo, pensamos que o episódio do CPE nos deixou um raio de esperança: demonstrou a força do movimento sindical e a sua importância para a defesa dos direitos dos trabalhadores. Mostrou também como essa força se potencializa quando unida a outros segmentos da sociedade civil, como o movimento estudantil⁵⁶⁴.

4.4 ESPANHA

4.4.1 Considerações gerais

A matéria relativa à cessação do contrato de trabalho está disciplinada, no Direito espanhol, por normas de fonte predominantemente heterônoma estatal. A maior parte delas encontra-se na Lei n. 8, de 1980, - que foi reeditada, com alterações, pelo Real Decreto Legislativo n. 1 de 1995 -, mais conhecida como Estatuto dos Trabalhadores (ET). Há, ainda, a presença de normas internacionais e comunitárias, como a Convenção n. 158 da OIT (ratificada pela Espanha em 26 de abril de 1985) e a Diretiva n. 59, de 1998⁵⁶⁵.

Nessa seara, portanto, resta pouco espaço de regulamentação para as normas autônomas. Assim, ao contrato coletivo e ao contrato individual cabe apenas especificar, esclarecer ou facilitar a aplicação das normas legais, ou estabelecer condições mais favoráveis aos trabalhadores, como maiores restrições para a validade da dispensa.

A legislação trabalhista espanhola é caracterizada pela progressiva restrição da faculdade empresarial de dar término à relação de trabalho, para garantir maior estabilidade no emprego. Assim, para o exercício da faculdade de dispensar o obreiro passou a se exigir uma causa justa (a dispensa é um ato jurídico causal), sendo poucas as exceções em que se admite a dispensa “ad nutum” (v.g.,

⁵⁶⁴ A própria realidade brasileira já deu mostra disso, por ocasião da luta contra a ditadura e pela redemocratização do País no final dos anos 1970 e ao longo dos anos 80.

⁵⁶⁵ VALVERDE, Antonio Martín, GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo, MURCIA, Joaquín García. *Derecho del Trabajo*. 14ª ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 694-695.

durante o período de prova). Foram instituídas também outras garantias consistentes em exigências formais ou procedimentais, tal como a necessidade de forma escrita, com expressa menção da causa e da data da dispensa, além da possibilidade de contestar judicialmente a decisão empresarial.

Tais requisitos formais buscam viabilizar a reação do trabalhador frente ao ato patronal, por meio da “acción de despido”, a qual garante a efetividade da exigência da causa justa. Por meio dela, o juiz poderá constatar se o motivo alegado pelo empregador realmente existe ou não, para determinar a validade da dispensa.

4.4.2 A disciplina aplicável às relações de trabalho especiais

Há algumas relações de emprego dotadas de um caráter especial, para as quais é prevista uma disciplina diferenciada, consoante o art. 2, §1º, do ET. Entre elas, destaca-se a relação dos altos empregados, os quais “exercem poderes inerentes à titularidade jurídica da empresa e relativos aos objetivos gerais da mesma, com autonomia e plena responsabilidade, limitadas apenas pelos critérios e instruções diretas emanadas da pessoa ou dos órgãos superiores de governo e administração da entidade que ocupem aquela titularidade”. Eles são regulados pelo Real Decreto (RD) n. 1.382, de 1985.

O RD n. 1.382/85 afirma (art.2º) que a relação de trabalho especial dos altos empregados se baseia “na recíproca confiança entre as partes”, considerando a especial posição desse obreiro no organograma empresarial e a importância de seus atos e decisões para o êxito da mesma. Por tal razão e também pela maior força contratual do alto diretor (menor hipossuficiência), os direitos e obrigações das partes regulam-se, em primeiro lugar, pela autonomia da vontade, respeitadas as normas do RD e as demais regras aplicáveis a esse contrato especial (art. 3º, §1º).

Todavia, as normas previstas pelo RD são escassas e flexíveis, deixando assim um grande espaço à autonomia privada em aspectos como a duração do contrato (art. 6º), a determinação da duração do trabalho (jornada, horário, repousos semanais, férias – art. 7º), a dispensa do empregado (art. 11). Esse dispositivo não prevê a necessidade de motivação, sendo possível, assim, a dispensa “ad nutum”. Mas é necessária a sua comunicação por escrito, devendo ser concedido um aviso-prévio de, no mínimo, 3 meses. Além disso, o empregado tem direito a uma indenização que, no silêncio do contrato, deverá corresponder a 7 dias de salário por cada ano de serviço. No caso de a dispensa ter sido motivada por justa causa (a qual veremos abaixo), e esta for declarada insubsistente pelo juiz, o obreiro tem direito a receber uma indenização que, no silêncio do contrato, equivale a 20 dias de salário por cada ano de serviço, até um máximo de 12 mensalidades (art. 11, §2º).

Outra relação de emprego especial é o trabalho doméstico, regulado pelo RD n. 1424, de 1985. Esse diploma prevê a possibilidade da dispensa “ad nutum” do empregado doméstico, sendo exigida a concessão de aviso-prévio de 7 ou 20 dias (dependendo da duração do contrato), durante o qual o obreiro tem direito a uma licença de seis horas por semana. Faz jus, ainda, a uma indenização equivalente a 7 dias de salário por cada ano de serviço. No caso de o juiz declarar a insubsistência de justa causa invocada para a dispensa, o obreiro faz jus a uma indenização equivalente a 20 dias de salário por cada ano de serviço, até um máximo de 12 mensalidades⁵⁶⁶.

4.4.3 Dispensa por justa causa

4.4.3.1 A definição de justa causa

A dispensa por justa causa é a sanção mais grave que pode ser imposta pelo empregador, sendo, assim, a manifestação mais intensa do seu poder disciplinar. Nos termos do art. 54, §1º, do ET, ela pode ser adotada frente a um “descumprimento grave e culposo” do trabalhador, o qual corresponde à justa causa. A gravidade significa que a conduta deve alcançar certa entidade e a culpabilidade implica que deve ser imputável ao empregado, seja por dolo ou culpa. Além disso, o descumprimento deve ser contratual, isto é, deve afetar as obrigações relativas ao contrato de trabalho, não podendo, de modo algum, consistir em represália pelo exercício legítimo de um direito⁵⁶⁷.

De acordo com o entendimento assentado na jurisprudência, a gravidade do descumprimento deve ser avaliada pelo juiz de acordo com a sua natureza e frequência (reiteração), bem como as circunstâncias relativas à prestação de serviços (v.g., características da função ou qualificação profissional do empregado). Não podem influir na decisão fatores alheios ao trabalho, como a condição de representante dos obreiros. Demais disso, o descumprimento que não depende da vontade do empregado ou que está fundamentado na lei, como a suspensão da prestação em virtude de greve legítima, não configura a justa causa.

Após definir a justa causa nos termos gerais acima mencionados, o ET, em seu art. 54, §2º, elenca uma série de condutas consideradas como tal, a saber: faltas repetidas e injustificadas no comparecimento ou pontualidade no trabalho; indisciplina ou desobediência no trabalho; ofensas

⁵⁶⁶ VALVERDE, Antonio Martín, GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo, MURCIA, Joaquín García. *Derecho del Trabajo*. p. 697-698.

⁵⁶⁷ Nesse sentido, vide a decisão do Tribunal Constitucional n. 14, de 18 de janeiro de 1993. In VALVERDE, Antonio Martín, GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo, MURCIA, Joaquín García. *Derecho del Trabajo*. p. 699.

verbais ou físicas ao empresário ou às pessoas que laboram na empresa ou aos familiares que com eles convivam; transgressão da boa-fé contratual, assim como o abuso de confiança no desempenho do trabalho; diminuição contínua e voluntária no rendimento do trabalho normal ou pactuado; embriaguez habitual ou toxicomania, caso repercutam negativamente no trabalho; o assédio por razões de origem social ou étnica, religião ou convicções, deficiência, idade ou orientação sexual, dirigido ao empresário ou às pessoas que trabalham na empresa.

Há também a previsão de condutas que configuram justa causa em outras normas legais, como as faltas cometidas durante uma greve (art. 16 do RD n. 17, de 1977) ou relativas à saúde e segurança no trabalho (art. 29 da Lei n. 31, de 1995). A doutrina tende a considerar que somente as condutas previstas em lei podem configurar a justa causa. Com efeito, as definições legais são suficientemente amplas para incluir os mais diversos tipos de descumprimento contratual (v.g., “transgressão da boa-fé contratual”, prevista no art. 54, §2º, do ET)⁵⁶⁸. Percebe-se, assim, a semelhança do sistema espanhol com o brasileiro no que tange às justas causas: somente podem configurá-la as condutas previstas em lei (em um rol principal e em normas esparsas), mas as descrições legais são amplas e genéricas o bastante para abranger os mais diversos tipos de faltas contratuais.

4.4.3.2 Formalidades e procedimento exigidos

Para que a dispensa por justa causa (também denominada dispensa disciplinar) seja válida, a lei exige o cumprimento de uma série de requisitos. O objetivo é preservar os direitos dos trabalhadores e facilitar uma eventual impugnação judicial. A contratação coletiva pode estabelecer outras formalidades adicionais (art. 55, §1º) e, de fato, tende a fazê-lo, prevendo, por exemplo, a exigência de um procedimento com contraditório ou de uma audiência prévia em qualquer hipótese, e não apenas quando se tratar de determinados trabalhadores, como veremos.

De acordo com o art. 60, §2º, do ET, as faltas que podem acarretar a dispensa disciplinar prescrevem após 20 ou 60 dias, contados da data em que a empresa tomou conhecimento da infração e, em todo caso, após 6 meses do seu cometimento. Decorrido esse prazo, o empregador não pode mais dispensar o empregado com base nessa falta. Tal prazo pode ser interrompido por atos diversos, como a

⁵⁶⁸ VALVERDE, Antonio Martín, GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo, MURCIA, Joaquín García. *Derecho del Trabajo*. p. 699-700.

instauração pelo empregador de um procedimento interno para o conhecimento adequado da infração, salvo que dure tempo maior do que o razoavelmente exigido⁵⁶⁹.

O empregador que tenha a intenção de dispensar o trabalhador por justa causa deve, primeiramente, notificá-lo por escrito dos fatos que motivam a dispensa e da data em que ela ocorrerá (art. 55, §1º, do ET). O objetivo é que o empregado conheça as razões da sua despedida, para que possa se defender. O empregador deverá também comunicar a sua decisão ao representante dos trabalhadores na empresa (art. 64, §1º, do ET). Quando o trabalhador a ser dispensado for filiado a um sindicato, e esse fato for de conhecimento do empregador, este deverá conceder uma audiência prévia aos delegados sindicais.

Se o empregado for representante legal dos trabalhadores ou delegado sindical, há exigências adicionais. O empregador deve abrir um procedimento com contraditório, para que sejam ouvidos o obreiro e os demais membros da representação a que este pertence, caso existam (art. 55, §1º, do ET). Apenas após a conclusão desse procedimento ele poderá adotar a sua decisão, que deverá cumprir as exigências formais acima citadas.

4.4.3.3 Ação judicial e sanções

O trabalhador tem o prazo de 20 dias úteis para ajuizar a ação de impugnação à dispensa, contados do dia seguinte àquele em que ela foi efetuada. Caso o juiz conclua que restou configurada a justa causa e foram cumpridas as formalidades necessárias, a dispensa é declarada procedente. Mas caso o julgador considere não caracterizada a justa causa ou que o patrão não cumpriu alguma exigência formal, a dispensa é improcedente. O empregador é condenado a optar entre a readmissão do trabalhador ou o pagamento de uma indenização legalmente fixada. Caso não efetue essa opção, por escrito ou mediante o comparecimento em juízo, no prazo de 5 dias após a notificação da sentença, considera-se que ele optou pela readmissão (art. 56, §3º, do ET). Nesse caso, o obreiro faz jus ao recebimento da sua remuneração desde a data da dispensa até a notificação da sentença.

A referida indenização, por cujo pagamento o empregador pode optar, equivale a 45 dias de salário por cada ano de serviço (no caso de fração de ano, o cálculo é proporcional), até o máximo de 42 mensalidades. Deve pagar, ainda, a remuneração devida ao obreiro desde a data da dispensa até a

⁵⁶⁹ Nesse sentido se pronunciou o Tribunal Supremo, nas decisões de 30 de outubro de 1989 e de 04 de julho de 1991. In VALVERDE, Antonio Martin, GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo, MURCIA, Joaquín García. *Derecho del Trabajo*. p. 705.

notificação da sentença (ou até a data em que o trabalhador tenha conseguido outro emprego, devendo esse fato, bem como as quantias por aquele percebidas, serem provados pelo empregador). Mas se a sentença tiver sido proferida em prazo superior a 60 dias, contados da data do ajuizamento da ação, o empregador tem o direito de exigir do Estado o ressarcimento das remunerações relativas ao período que exceda esse prazo (art. 57, §1º, do ET).

No caso de o empregado ser representante dos trabalhadores ou delegado sindical, compete a ele optar entre a readmissão e a indenização, entendendo-se que optou pela primeira na hipótese de não se manifestar. Caso a opção, expressa ou presumida, seja pela readmissão, o empregador deve efetuarla. Um eventual recurso não tem efeito suspensivo, de modo que a sentença pode ser provisoriamente executada, devendo o empregador continuar pagando os salários e o empregado prestando os seus serviços. Por meio de contrato coletivo, esse direito de opção pode ser estendido a todos os obreiros.

A dispensa será declarada nula quando o juiz constatar que o seu motivo consiste em uma das causas de discriminação previstas constitucional ou legalmente, ou que ela configura uma violação de direitos fundamentais e liberdades públicas do obreiro (art. 55, §5º, do ET), entre os quais o de ajuizar uma ação. É também nula a dispensa de empregados em situações especiais previstas em lei, como a trabalhadora grávida (desde o início da gravidez) ou em licença-maternidade, salvo que se declare a procedência da dispensa por razões independentes do estado do empregado, como a prática de uma conduta faltosa.

No caso de nulidade, o empregador é obrigado a readmitir imediatamente o trabalhador, com o pagamento de toda a remuneração que este deixou de perceber (art. 55, §6º, do ET). Um eventual recurso contra a sentença não tem efeito suspensivo, cabendo, assim, a sua execução provisória. Observa-se que não é nula, mas apenas improcedente, a dispensa carente de uma justa causa, mas cujo motivo não se encontra entre os tipificados como determinantes da nulidade, como os acima citados.

4.4.4 Dispensa por circunstâncias objetivas

4.4.4.1 Causas objetivas

O Estatuto dos Trabalhadores prevê outras hipóteses em que o obreiro pode ser dispensado sob a denominação “causas objetivas legalmente procedentes” (art. 49, §1º, “1”). Tais motivos, nos termos do art. 52, são de cinco tipos.

O primeiro consiste na “inaptidão do trabalhador conhecida ou sobrevinda posteriormente à sua colocação efetiva na empresa” (art. 52, “a”). A inaptidão pode ser entendida como a “ausência no trabalhador das condições necessárias para desempenhar adequadamente um determinado trabalho”⁵⁷⁰, ou como “uma inabilidade, uma falta de aptidão, preparação, suficiência ou idoneidade para desenvolver de maneira útil e proveitosa a prestação de trabalho”⁵⁷¹.

A inaptidão pode ser originária ou superveniente, caso tenha sua raiz em fatos, respectivamente, anteriores ou posteriores à celebração do contrato. Mas a inaptidão constatada durante o período de prova não pode ser invocada para justificar a dispensa, como determina expressamente o art. 52, “a”, segunda parte, do ET, pois o empresário poderia ter desistido da contratação definitiva do obreiro.

A segunda das causas objetivas é a “falta de adaptação do trabalhador às modificações técnicas operadas no seu posto de trabalho” (art. 52, “b”, do ET). Trata-se de uma situação de inaptidão, porém especial, pois a sua origem é alheia ao trabalhador, não estando relacionada às suas condições profissionais ou pessoais, mas, sim, às mudanças operadas no posto de trabalho. Nesse caso, embora a lei permita a dispensa, ela busca garantir ao máximo a permanência no emprego. Assim, o trabalhador não pode ser dispensado antes que transcorram, no mínimo, 2 meses, desde a introdução das mudanças, para possibilitar a sua adaptação. Além disso, a empresa pode oferecer um curso de aperfeiçoamento profissional, com a duração máxima de 3 meses, durante o qual o trabalhador tem direito de receber o salário médio que vinha percebendo.

O terceiro dos motivos em tela consiste na necessidade objetiva de extinguir postos de trabalho por “causas econômicas, técnicas, organizativas ou de produção” (art. 52, “c”, do ET). Tais causas podem justificar uma dispensa individual objetiva ou uma dispensa coletiva, dependendo do número de trabalhadores afetados, que deve ser inferior aos parâmetros estabelecidos no art. 51, do ET, os quais veremos abaixo. As dispensas individuais efetuadas com fundamento nesta causa objetiva são nulas quando consistirem em fraude à lei, isto é, buscarem se esquivar das normas relativas à dispensa coletiva.

Para que a dispensa seja motivada por causas econômicas em sentido estrito, ela deve contribuir para a “superação de situações econômicas negativas” (art. 52, “c”, do ET). Já aquela baseada em causas técnicas, organizativas e de produção deve ter como objetivo “superar as dificuldades que

⁵⁷⁰ VALVERDE, Antonio Martín, GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo, MURCIA, Joaquín García. *Derecho del Trabajo*. p. 714.

⁵⁷¹ Nesses termos se pronunciou o Tribunal Supremo, nas decisões de 05 de outubro de 1984 e de 02 de maio de 1990. In VALVERDE, Antonio Martín, GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo, MURCIA, Joaquín García. *Derecho del Trabajo*. p. 714.

impedem o bom funcionamento da empresa, seja por sua posição competitiva no mercado, seja por exigências da demanda através de uma melhor organização dos recursos”. Tais causas podem afetar um ou vários obreiros. Nesse caso, têm prioridade de permanência na empresa os representantes dos trabalhadores (art. 52, “c”, do ET). O empregador deve dar uma cópia da comunicação escrita do aviso-prévio “à representação legal dos trabalhadores para o seu conhecimento” (art. 53, §1º, “c”, do ET).

A quarta causa objetiva refere-se às “faltas ao trabalho, ainda que justificadas, mas intermitentes”, quando superem determinados níveis mínimos, tanto por parte do obreiro afetado, como em relação ao conjunto do pessoal empregado no estabelecimento (52, “d”, do ET). Assim, as ausências devem alcançar ao menos 20% das jornadas de trabalho úteis (não são computados os feriados, repouso semanal, férias), no período de 2 meses consecutivos, ou 25% em 4 meses descontínuos dentro de um período total de 12 meses.

É, assim, necessária certa reiteração, excluindo-se as ausências conjunturais ou dispersas no tempo. A razão de ser dessa hipótese legal é a excessiva onerosidade causada à empresa pelo trabalhador que mantém um alto índice de não comparecimento, sobretudo quando as faltas do conjunto do pessoal alcançam um nível considerável. Por outro lado, determinadas ausências são expressamente excluídas do cômputo, seja porque são resultado do exercício pelo trabalhador de direitos reconhecidos em lei (*v.g.*, greve, atividades de representação legal dos trabalhadores, licenças, férias), seja porque decorrem de situações especialmente tuteladas (*e.g.*, acidentes de trabalho, gravidez de risco, maternidade)⁵⁷².

A quinta e última causa objetiva consiste na “insuficiência da correspondente dotação orçamentária para a manutenção do contrato de trabalho a que se refira” (art. 52, “e”, do ET). Essa causa se aplica apenas aos contratos por tempo indeterminado celebrados (diretamente pela Administração Pública ou por entidade sem fins lucrativos) para a execução de “planos e programas públicos”, quando não contam com verbas estáveis, sendo financiados mediante dotações orçamentárias ou extra-orçamentárias anuais. Trata-se, na verdade, de uma causa equivalente à necessidade objetiva de suprimir postos de trabalho por razões econômicas (art. 52, “c”), com a diferença que a sua aplicação se limita à Administração Pública ou às entidades que desenvolvem os programas públicos. No caso de a dispensa afetar um número de trabalhadores igual ou superior ao previsto pelo art. 51, §1º, que veremos abaixo, deverá ser seguido o procedimento da dispensa coletiva.

⁵⁷² VALVERDE, Antonio Martin, GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo, MURCIA, Joaquín García. *Derecho del Trabajo*. p. 716.

4.4.4.2 Formalidades e procedimentos exigidos

O empregador que pretende realizar uma dispensa por causas objetivas também deve seguir determinados exigências formais e procedimentais. Ele deve comunicar ao trabalhador por escrito a decisão de dispensá-lo, a causa e os fatos que a fundamentam e a data da dispensa (art. 53, §1º, do ET). Deve conceder um aviso-prévio de 30 dias (contados dessa comunicação), entregando uma cópia ao representante dos trabalhadores. Nesse período, o obreiro tem direito a 6 horas semanais de licença, sem perda de remuneração.

Juntamente com a comunicação, o empregador deve entregar ao trabalhador uma proposta de liquidação das somas devidas e colocar à disposição dele uma indenização equivalente a 20 dias de salário por ano de serviço (o cálculo do valor é proporcional para as frações de ano), cujo máximo são 12 mensalidades. Esse valor equivale àquele estabelecido para a dispensa coletiva e, como ocorre nesta, se a dispensa é devida a causas econômicas, técnicas, organizativas ou de produção, e se trata de empresa com menos de 25 obreiros, o Fundo de Garantia Salarial (FGS) paga 40% desse valor (art. 33, §8º, do ET). Para que a dispensa seja válida, o trabalhador deve dispor efetivamente do montante da indenização, sem necessidade de se submeter a qualquer procedimento complementar⁵⁷³.

4.4.4.3 Ação judicial e sanções

Assim como na dispensa por justa causa, o trabalhador pode impugnar judicialmente a decisão empresarial (art. 53, §3º, do ET). A percepção efetiva pelo obreiro da indenização acima referida, ou o uso da mencionada licença no curso do aviso-prévio, não implica a renúncia ao direito de questionar judicialmente a dispensa.

O juiz considerará a despedida improcedente se não entender configurada a causa objetiva alegada. Nesse caso, como ocorre na dispensa por justa causa, cabe ao empregador optar pela readmissão (com a devolução pelo obreiro da indenização recebida previamente), com o pagamento da remuneração devida desde a dispensa, ou pelo pagamento de uma indenização equivalente a 45 dias de salário por cada ano de serviço, respeitando o máximo de 42 mensalidades. Desse montante é descontada a indenização já recebida pelo empregado (art. 53, §3º, e art. 56, do ET).

⁵⁷³ Assim se pronunciou o Tribunal Supremo, nas decisões de 17 de julho de 1998 e de 29 de abril de 1988. In VALVERDE, Antonio Martin, GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo, MURCIA, Joaquín García. *Derecho del Trabajo*. p. 719.

O juiz deve declarar, até mesmo de ofício, a nulidade da dispensa quando: não foram respeitados os requisitos formais (diversamente do que ocorre na dispensa por justa causa); a indenização não for colocada à disposição do trabalhador; reste configurada discriminação ou violação de direitos fundamentais; afete trabalhadores em situações especiais previstas em lei (v.g., gravidez ou maternidade), salvo que a dispensa seja declarada procedente por causa não relacionada à condição especial do obreiro. A falta do aviso-prévio ou da concessão de licença na pendência deste não implica a nulidade da dispensa, mas, sim, a obrigação de pagar uma indenização equivalente à remuneração relativa a esse período (art. 53, §4º, do ET).

4.4.5 Dispensa coletiva

4.4.5.1 Conceito

Nos termos do art. 51, §1º, do ET, configura-se a dispensa coletiva quando ocorre a cessação de contratos de emprego por razões econômicas, técnicas, organizativas ou de produção. Considerado o período de 90 dias, essa cessação deve afetar, no mínimo: 10 empregados, no caso das empresas que ocupam menos de 100 obreiros; 10% do número de empregados nas empresas que ocupam entre 100 e 299 obreiros; 30 empregados nas empresas que ocupam 300 ou mais obreiros.

Para que se configure essa dispensa, no caso de as razões alegadas pelo empregador serem econômicas, as medidas propostas devem contribuir para superar uma situação econômica negativa da empresa. Se tais razões forem de natureza técnica, organizativa ou de produção, essas medidas devem contribuir para garantir a viabilidade futura da empresa e do emprego nesta, por meio de uma organização mais adequada dos recursos.

A dispensa coletiva também se configura quando a extinção dos contratos de trabalho afete todos os trabalhadores da empresa, desde que o número destes seja superior a cinco e aquela extinção seja consequência da cessação total da atividade empresarial em virtude das mesmas causas acima assinaladas.

4.4.5.2 Formalidades e procedimento exigidos

O empresário que pretende proceder à dispensa coletiva deve seguir um procedimento prévio para obter a autorização necessária. Este se inicia por meio de solicitação dirigida à autoridade

administrativa do trabalho competente e pela abertura simultânea de uma consulta aos representantes do trabalhadores, por meio de notificação escrita. Uma cópia desta deve ser encaminhada à autoridade administrativa juntamente com aquela solicitação. Ambas as comunicações devem ser acompanhadas da documentação necessária para explicitar as causas da dispensa e as medidas propostas.

A autoridade administrativa deve comunicar o início do procedimento à entidade gestora do seguro-desemprego e exigir um relatório da Inspeção do Trabalho e outro da Seguridade Social sobre as causas que motivam a dispensa, bem como outras informações necessárias para fundamentar a sua decisão. Tais relatórios deverão ser feitos no prazo de 10 dias e entregues à autoridade antes do final da consulta aos representantes obreiros.

Caso a autoridade administrativa, no curso desse procedimento, tenha conhecimento de que o empresário está adotando medidas que possam tornar ineficaz o resultado da sua decisão, ela poderá exigir dele e das autoridades competentes a paralisação imediata dessas medidas. Quando a dispensa envolva mais de 50% dos empregados, o empresário deverá prestar contas sobre a venda dos bens da empresa, exceto daqueles que constituem as suas operações normais, aos representantes obreiros e à autoridade competente.

A consulta aos representantes dos trabalhadores terá uma duração não inferior a 30 dias (ou a 15 dias, no caso de empresas com menos de 50 empregados) e deverá versar sobre as causas da dispensa, a possibilidade de evitá-las ou reduzi-las, as medidas necessárias para atenuar as suas conseqüências em relação aos obreiros afetados e para possibilitar a continuidade e viabilidade da atividade empresarial. No caso das empresas com 50 ou mais empregados, tais propostas devem constar de um plano apresentado juntamente com as comunicações que dão início ao procedimento em análise.

Durante a consulta, as partes deverão negociar com boa-fé, visando à consecução de um acordo. A validade deste dependerá da concordância da maioria dos membros do Comitê de Empresa, dos delegados de pessoal ou dos representantes sindicais, caso, em seu conjunto, representem a maioria daqueles. No final do período de consulta, o empresário comunicará o seu resultado à autoridade administrativa. Quando tenha havido um acordo entre as partes, essa última deverá emanar, no prazo de 15 dias, uma resolução autorizando as dispensas. Caso não o faça nesse prazo, deve-se entender que estas foram autorizadas nos termos previstos no acordo.

Na hipótese de a autoridade administrativa apurar, de ofício ou a requerimento da parte interessada, a existência de fraude, dolo, coação ou abuso de direito na conclusão do acordo, o enviará, com suspensão do prazo para emanar a sua resolução, à autoridade judicial, para a eventual declaração da sua nulidade. Do mesmo modo atuará quando, de ofício ou a requerimento da entidade gestora do

seguro-desemprego, apurar que o acordo pode ter como objeto a obtenção indevida dessas prestações pelos trabalhadores envolvidos, em razão da inexistência de causa que configura a situação de desemprego nos termos da lei.

Quando a consulta seja concluída sem acordo, a autoridade administrativa deverá emanar, no prazo de 15 dias, resolução autorizando ou não, no todo ou em parte, a solicitação empresarial. Caso não o faça nesse prazo, deve-se entender que as dispensas foram autorizadas nos termos da solicitação. A resolução, que deverá ser motivada e congruente com essa última, concederá a autorização quando da documentação apresentada possa se concluir razoavelmente que as medidas propostas são necessárias para os fins assinalados no item anterior, os quais são imprescindíveis à configuração da dispensa coletiva. Dessa resolução cabe recurso no âmbito administrativo, podendo o empregador questioná-la também, obviamente, em juízo.

No caso de dispensa, os representantes dos trabalhadores terão prioridade em permanecer na empresa. Os obreiros dispensados têm direito a uma indenização de 20 dias de remuneração por cada ano de serviço (calculada proporcionalmente no caso de períodos de tempo inferiores a um ano), respeitado o máximo de 12 mensalidades.

Os trabalhadores, através de seus representantes, podem solicitar o início do procedimento da dispensa coletiva caso se presuma, razoavelmente, que a não solicitação desta por parte do empresário possa ocasionar prejuízos de reparação impossível ou difícil. Nesse caso, a autoridade administrativa determinará as medidas e os relatórios necessários para a realização do procedimento de dispensa, respeitando os prazos acima mencionados.

4.5 PORTUGAL

O novo Código do Trabalho português, aprovado pela Lei n. 99, de 27 de agosto de 2003, entrou em vigor em 1º dezembro de 2003. O diploma regula a cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador em seu Capítulo IX, iniciado pelo art. 382, que estabelece a proibição da dispensa sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos. A matéria era regulada anteriormente, em termos bastante semelhantes, pela Lei de Cessação dos Contratos de Trabalho, de 26 de fevereiro de 1989.

Nas palavras de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, a proibição da dispensa sem justa causa é “a primeira e a mais importante dimensão do direito à segurança no emprego”⁵⁷⁴, consagrado pelo art. 53 da Constituição de 1976, *in verbis*:

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

A importância desse dispositivo é revelada pela sua própria colocação sistemática, pois ele abre o Capítulo relativo aos “Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores”. De fato, como vimos, trata-se de um direito duplamente fundamental: assegura ao obreiro a sua fonte de sobrevivência e, ao mesmo tempo, garante a efetividade de todos os demais direitos trabalhistas, individuais e coletivos. Como observa JOÃO JOSÉ ABRANTES:

“(…) na Constituição portuguesa, o primeiro dos direitos do elenco constitucional é o direito à *segurança no emprego*. Tal direito, que se traduz, antes do mais, na proibição dos despedimentos sem justa causa, impregna, porém, todo o regime do contrato de trabalho, maxime da respectiva suspensão e cessação. O empregador não tem um direito ao despedimento *ad nutum*, expressão, aliás, da referida idéia de que não goza da liberdade de dispor em termos absolutos das relações de trabalho; tal implica a nulidade do despedimento sem justa causa e o consequente direito do trabalhador à reintegração no posto de trabalho. (...). A proibição dos despedimentos sem justa causa (...) não esgota, todavia, a garantia constitucional. Esta implica também, obviamente, que os despedimentos coletivos – e, duma forma geral, os chamados despedimentos econômicos – apenas se possam verificar em situações em que as razões econômicas sejam suficientemente fortes para justificar o sacrifício do valor constitucional em questão e impor a diminuição do número de trabalhadores da empresa (v.g., para que se salvem outros postos de trabalho)”⁵⁷⁵.

O regime legal da cessação do contrato de trabalho tem natureza imperativa, não podendo ser afastado ou modificado pela autonomia individual ou coletiva⁵⁷⁶. O motivo justificador da cessação do pacto pode consistir no seu descumprimento pelo trabalhador (justa causa obreira) ou pelo empregador

⁵⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 291.

⁵⁷⁵ ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 53-55.

⁵⁷⁶ Importa notar que a Convenção n. 158 da OIT foi aprovada para ratificação, em Portugal, por meio da Resolução da Assembléia da República n. 55, de 27 de agosto de 1994.

(justa causa empresarial). Pode, ainda, se fundar em causas alheias à atuação das partes, denominadas “causas objetivas”, como veremos.

4.5.1 Dispensa por justa causa

4.5.1.1 A definição de justa causa

A hipótese de dispensa mais comum é aquela baseada em uma justa causa obreira, que é definida pelo art. 396, §1º, como “o comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e conseqüências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho”. Trata-se de um conceito indeterminado, que obriga a um juízo prognóstico – no sentido de prever no presente que a relação não será sustentável no futuro –, em face de determinados comportamentos do obreiro que configurem o descumprimento das obrigações contratuais e que podem provocar uma situação de conflito com o empregador. A dispensa deve corresponder à última das sanções disciplinares (“ultima ratio”)⁵⁷⁷.

O Código do Trabalho (CT) estabelece, que, para se apreciar a justa causa, deve-se considerar “o grau de lesão dos interesses do empregador, o caráter das relações entre as partes ou entre o trabalhador e os seus companheiros e as demais circunstâncias que no caso se mostrem relevantes” (art. 396, §2º). Especifica também alguns comportamentos do obreiro que constituem justa causa para a dispensa, como a “desobediência ilegítima às ordens dadas por responsáveis hierarquicamente superiores”, a “violação de direitos e garantias de trabalhadores da empresa” e “reduções anormais de produtividade” (art. 396, §3º). Todavia, trata-se de um rol meramente exemplificativo, isto é, não taxativo.

4.5.1.2 Formalidades e procedimento exigidos

O empregador que pretende dispensar o obreiro pela prática de uma justa causa deve comunicar-lhe por escrito a sua intenção, acompanhada de uma nota de culpa na qual descreve circunstanciadamente os fatos que lhe são imputados. Na mesma data, o patrão deve enviar uma cópia da comunicação e da nota de culpa à Comissão de trabalhadores da empresa e, se o obreiro for

⁵⁷⁷ MORAIS, Domingos José. A cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador. *A reforma do Código do Trabalho*. coord. Centro de Estudos Judiciários, Inspeção-Geral do Trabalho. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 504.

representante sindical, ao respectiva sindicato. O empregador pode determinar a suspensão preventiva do empregado, sem perda de retribuição, sempre que a sua presença na empresa se mostrar inconveniente.

O trabalhador dispõe de 10 dias úteis para responder à nota de culpa, deduzindo por escrito os elementos que considere relevantes para o esclarecimento dos fatos, podendo juntar documentos e solicitar as diligências probatórias que se mostrem pertinentes. O empregador, por si ou por meio de instrutor por ele nomeado, deve proceder às referidas diligências, salvo que as considere impertinentes, devendo fundamentá-lo por escrito.

Concluído esse procedimento, deve apresentar cópia integral do processo à Comissão de trabalhadores e ao sindicato acima referidos, os quais podem, no prazo de cinco dias úteis, juntar ao processo o seu parecer fundamentado. Após esse prazo, o empregador tem trinta dias para proferir a decisão, escrita e fundamentada, sob pena de caducidade do direito de aplicar a sanção. A decisão deve ser comunicada ao trabalhador, à Comissão de trabalhadores e, no caso acima referido, ao sindicato. O contrato cessa no momento em que a declaração de dispensa chega ao conhecimento do trabalhador.

Quando o empregador for microempresa ele está dispensado do cumprimento das formalidades acima assinaladas (salvo se o obreiro for membro da Comissão de trabalhadores ou representante sindical), devendo somente comunicar ao empregado a intenção de dispensá-lo juntamente com a nota de culpa. É garantida a audiência do trabalhador, o qual pode substituí-la, no prazo de dez dias úteis da notificação da nota de culpa, por alegação escrita dos elementos que considera relevantes para o esclarecimento dos fatos, podendo requerer a audiência de testemunhas. A decisão da dispensa deve ser fundamentada e comunicada por escrito ao empregado.

4.5.2 Dispensa por causa objetiva

Como dito acima, a dispensa pode ocorrer por razões alheias à atuação das partes, que são denominadas “causas objetivas”, as quais compreendem: a extinção do posto de trabalho; a inadaptação superveniente do empregado; a dispensa coletiva por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos.

4.5.2.1 Dispensa por extinção do posto de trabalho

4.5.2.1.1 Conceito

A dispensa por extinção do posto de trabalho é regulamentada pelos arts. 402 a 404, do CT. Essa extinção pode ser causada por motivos econômicos (de mercado, estruturais ou tecnológicos) relativos à empresa, os quais serão conceituados quando trataremos da dispensa coletiva. Tais motivos, portanto, não podem estar relacionados a uma conduta culposa do empregador ou do trabalhador. Para que ela seja legítima, a lei exige alguns requisitos: a subsistência da relação de trabalho deve ser praticamente impossível; não podem existir contratos de emprego por tempo determinado para as tarefas correspondentes àquelas do posto de trabalho extinto; não se fazem presentes as condições que caracterizam a dispensa coletiva, pois esta está submetida a um regime específico; deve ser colocada à disposição do obreiro a compensação devida.

Caso haja, na seção ou estrutura equivalente da empresa, uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico, o empregador, para a escolha dos obreiros a serem dispensados, deve observar alguns critérios objetivos, na seguinte ordem: menor antiguidade no posto de trabalho; menor antiguidade na categoria profissional; categoria profissional de classe inferior e menor antiguidade na empresa.

Caso exista algum posto de trabalho disponível e compatível com a categoria do obreiro, este tem direito a ocupá-lo. Além disso, se o trabalhador, nos três meses anteriores à data do início do procedimento para extinção do posto de trabalho, tiver sido transferido para um posto que venha a ser extinto, ele tem direito de ocupar o posto anterior, garantida a mesma remuneração base, salvo se este também tiver sido extinto.

4.5.2.1.2 Procedimento

O empregador deve comunicar, por escrito, à Comissão de trabalhadores ou, na sua ausência, à Comissão intersindical ou respectiva Comissão sindical, a necessidade de extinguir o posto de trabalho e a conseqüente dispensa do trabalhador que o ocupa. Nessa comunicação devem constar os motivos invocados para a extinção do posto, com indicação da relativa seção ou unidade equivalente na empresa e das categorias profissionais e trabalhadores envolvidos. Se o empregado for representante sindical, ele e o respectivo sindicato devem receber a mesma comunicação.

Caso discordem da dispensa, os representantes dos trabalhadores, dez dias após a comunicação, devem emitir parecer fundamentado. No mesmo prazo, os empregados envolvidos também podem se pronunciar. Os representantes dos obreiros e cada um destes, nos três dias úteis após a comunicação, podem solicitar a intervenção dos serviços competentes do Ministério do Trabalho para averiguar se a

dispensa proposta respeita determinados requisitos legais, como o fato de não configurar uma dispensa coletiva. Tais serviços, no prazo de sete dias após esse requerimento, devem elaborar um relatório sobre a matéria sujeita à sua fiscalização, o qual é enviado ao requerente e ao empregador.

No caso de decidir pela dispensa, o empregador deve proferir decisão escrita e fundamentada, da qual constem o motivo da extinção do posto de trabalho; a confirmação da presença dos requisitos legais para a validade desse tipo de dispensa, com justificação de inexistência de alternativas a essa última, prova da observância dos critérios de prioridade, caso se tenha verificado oposição quanto a estes; o valor da indenização e a forma e o local do seu pagamento; a data da cessação do contrato. Uma cópia da decisão deve ser remetida aos representantes obreiros e ao Ministério do Trabalho.

4.5.2.2 A dispensa por inadaptação superveniente ao posto de trabalho

4.5.2.2.1 Conceito

A dispensa por inadaptação superveniente do empregado é regulada pelos arts. 405 a 410, do CT. A inadaptação ocorre quando o modo como o trabalhador exerce as suas funções torna praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho, por restar configurada uma das seguintes situações: redução continuada da produtividade ou da qualidade; avarias repetidas nos meios afetos ao posto de trabalho; riscos para a segurança e saúde do próprio trabalhador, dos demais obreiros ou de terceiros; tratando-se de cargos de complexidade técnica ou de direção, não tenham sido cumpridos os objetivos previamente fixados e aceitos por escrito.

Nas três primeiras hipóteses referidas, a dispensa apenas pode ocorrer se presentes os seguintes requisitos: tenham sido introduzidas modificações no posto de trabalho, resultantes de alterações nos processos de fabricação ou de comercialização, da introdução de novas tecnologias ou equipamentos baseados em tecnologia diversa ou mais complexa, nos seis meses anteriores ao início do procedimento de dispensa; tenha sido ministrado curso de formação profissional adequado às modificações introduzidas, sob controle pedagógico da autoridade competente ou de entidade por esta credenciada; tenha sido concedido ao trabalhador, após a formação, um período não inferior a 30 dias para adaptação no posto de trabalho ou fora deste, quando o exercício das suas funções seja suscetível de causar prejuízos ou riscos para a segurança e saúde dele próprio, dos demais obreiros ou terceiros; não exista na empresa outro posto disponível e compatível com a qualificação profissional do obreiro; a situação

de inadaptação não tenha ocorrido em razão da falta de condições de segurança, higiene e saúde no trabalho imputável ao empregador; seja posta à disposição do trabalhador a compensação devida.

No caso da quarta hipótese acima assinalada, a dispensa somente pode ocorrer quando presentes os seguintes requisitos: a introdução de novos processos de fabricação, de novas tecnologias ou equipamentos baseados em tecnologia diversa ou mais complexa tenha modificado as funções relativas ao posto de trabalho; a situação de inadaptação não tenha ocorrido em razão da falta de condições de segurança, higiene e saúde no trabalho imputável ao empregador; seja posta à disposição do trabalhador a compensação devida.

Se o trabalhador, nos três meses anteriores à data do início do procedimento para a dispensa por inadaptação, tiver sido transferido para um posto de trabalho em relação ao qual se verifique a inadaptação, ele tem direito de ocupar o posto anterior, garantida a mesma remuneração base, salvo se este tiver sido extinto. Além disso, da dispensa por motivo de inadaptação não pode resultar a diminuição do volume de emprego na empresa. A manutenção deste deve ser assegurada no prazo de 90 dias, a partir da cessação do contrato, admitindo-se, para esse fim, a admissão de trabalhador ou a transferência de empregado no curso do procedimento que visa à extinção do respectivo posto de trabalho.

4.5.2.2 Procedimento

O empregador deve comunicar por escrito ao trabalhador e à Comissão de trabalhadores ou, na sua ausência, à Comissão intersindical ou respectiva Comissão sindical, a necessidade de proceder à dispensa. Nela devem constar os motivos dessa última e a indicação das modificações introduzidas no posto de trabalho, dos resultados da formação ministrada, do período de adaptação concedido e da inexistência de outro posto de trabalho compatível com a qualificação profissional do empregado.

Os representantes dos trabalhadores, dez dias após a comunicação, devem emitir parecer fundamentado quanto aos motivos da dispensa. No mesmo prazo, o empregado pode apresentar a sua oposição a essa última, oferecendo os meios de prova que julgue pertinentes. Os representantes dos trabalhadores e cada um destes, nos três dias úteis após a comunicação, podem solicitar a intervenção dos serviços competentes do Ministério do Trabalho para averiguar se a dispensa proposta respeita determinados requisitos legais, como o fato de não configurar uma dispensa coletiva. Tais serviços, no prazo de sete dias após a recepção desse requerimento, devem elaborar um relatório sobre a matéria sujeita à sua fiscalização, o qual é enviado ao requerente e ao empregador.

No caso de decidir pela dispensa, o empregador deve proferir decisão escrita e fundamentada, da qual constem o motivo da cessação do contrato de trabalho; a verificação dos requisitos legais para a validade desse tipo de dispensa, com justificção da inexistência de posto de trabalho alternativo; o valor da indenização e a forma e o local do seu pagamento; a data da cessação do contrato. Uma cópia da decisão deve ser remetida aos representantes obreiros e ao Ministério do Trabalho.

4.5.2.3 Dispensa coletiva

4.5.2.3.1 Conceito

A dispensa coletiva é regulada pelos arts. 397 a 401, do CT. Ela se configura quando o empregador, simultânea ou sucessivamente, no período de três meses, proceda à dispensa de ao menos dois empregados, no caso de microempresa ou de pequena empresa, ou de cinco obreiros, no caso de média ou grande empresa. Essa dispensa deve se fundamentar no encerramento de uma ou mais seções ou estrutura equivalente ou redução de pessoal determinada por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos.

Os motivos de mercado consistem na redução da atividade da empresa ocasionada pela diminuição previsível da procura de bens ou serviços ou impossibilidade superveniente, prática ou legal, de colocá-los no mercado. Os motivos estruturais correspondem ao desequilíbrio econômico-financeiro, à mudança de atividade, à reestruturação da organização produtiva ou à substituição de produtos dominantes. Os motivos tecnológicos consistem em alterações nas técnicas ou processos de fabricação, automatização dos instrumentos de produção, de controle ou de movimentação de cargas, bem como na informatização de serviços ou automatização de meios de comunicação.

No caso da dispensa por “causas objetivas” (extinção do posto de trabalho, inadaptação superveniente do empregado ou dispensa coletiva), o trabalhador tem direito à percepção de uma indenização correspondente a um mês de remuneração por cada ano completo de serviços prestados (no caso de fração de ano, o cálculo é proporcional). Em todo caso, a indenização não pode ser inferior a três meses de remuneração.

Além disso, a decisão da dispensa deve ser comunicada por escrito, com menção expressa do motivo, a cada trabalhador com uma antecedência não inferior a 60 dias em relação à data prevista para a cessação dos contratos. A inobservância desse aviso-prévio não determina a imediata cessação do

vínculo e gera para o empregador o dever de pagar a remuneração correspondente ao período descumprido.

4.5.2.3.2 Procedimento

O empregador que pretende realizar uma dispensa coletiva deve comunicá-lo por escrito à Comissão de trabalhadores ou, na sua falta, à Comissão intersindical ou às Comissões sindicais da empresa representativas dos trabalhadores envolvidos. Nessa comunicação devem constar: a descrição dos motivos invocados para a dispensa; o quadro de pessoal discriminado por setores organizacionais; os critérios para a escolha dos trabalhadores a serem dispensados; o número de obreiros a serem dispensados e as categorias profissionais abrangidas; o período de tempo no qual se pretende efetivar as dispensas; o método de cálculo de uma eventual indenização que será concedida aos obreiros, além daquela prevista pela lei, acima vista, ou estabelecida no contrato coletivo.

Na ausência das entidades acima referidas, o empregador comunica por escrito a cada um dos obreiros que possa vir a ser abrangido pela dispensa a sua intenção de realizá-la. Eles podem eleger entre si, no prazo de cinco dias úteis, uma Comissão representativa, a qual receberá do empregador as informações supra assinaladas.

Dez dias após tais comunicações, inicia-se um procedimento de informação e negociação entre o empregador e os representantes obreiros (que podem ser assistidos por peritos), o qual visa obter um acordo sobre a dimensão e os efeitos das medidas a serem tomadas, bem como sobre a possibilidade de adotar outras medidas que reduzam o número de obreiros a serem dispensados, tais como: a suspensão da prestação laborativa; a sua redução; a reconversão e reclassificação profissional; reformas antecipadas e pré-reformas (cuja aplicação requer a concordância do obreiro). Das reuniões é lavrada uma ata contendo a matéria aprovada, os pontos de divergência entre as partes e as propostas de cada uma. Os serviços competentes do Ministério do Trabalho participam dessa negociação, para assegurar a sua regularidade e promover a conciliação das partes.

Celebrado o acordo ou, na sua ausência, decorridos vinte dias da data da comunicação inicial, o empregador informa, por escrito, a cada trabalhador a decisão da dispensa, indicando expressamente o motivo, a data da cessação do contrato, o valor da indenização e a forma e o local do seu pagamento. Na mesma data, o empregador deve remeter ao Ministério do Trabalho a ata acima citada e determinadas informações relativas a cada trabalhador, enviando uma cópia aos representantes obreiros.

4.5.3 Ilicitude da dispensa

A questão da ilicitude da dispensa é regulada pelos arts. 429 a 440, do CT. Qualquer tipo de dispensa, seja por justa causa, seja por causas objetivas, é ilícita se não tiver sido precedida pelo respectivo procedimento; se, na verdade, for fundada em motivos políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos; ou se forem declarados judicialmente como improcedentes os motivos invocados para a dispensa (art. 429).

A dispensa por justa causa é, ainda, ilícita se o seu procedimento for inválido, o que pode ocorrer quando: faltar a comunicação da intenção de proceder à dispensa junto à nota de culpa ou esta não tiver seguido os requisitos legais; não tiver sido respeitado o princípio do contraditório; a decisão da dispensa e os seus fundamentos não constarem de documento escrito.

A dispensa coletiva também é ilícita quando o empregador: não tiver realizado as comunicações e promovido as negociações; não tiver observado o prazo para decidir sobre a dispensa; não tiver colocado à disposição do obreiro, até o final do aviso-prévio, a indenização devida e os créditos exigíveis em virtude da cessação do contrato (essa última exigência não se faz presente no caso de recuperação de empresas e reestruturação de setores econômicos, previstos em lei).

A dispensa por extinção do posto de trabalho é, ainda, ilícita, quando o patrão: não tiver respeitado os requisitos legais para a sua configuração; tiver desrespeitado os critérios legais de escolha dos obreiros a serem dispensados; não tiver realizado as comunicações exigidas pela lei, acima citadas; não tiver colocado à disposição do obreiro, até o final do aviso-prévio, a indenização devida e os créditos exigíveis pela cessação do contrato.

A dispensa por inadaptação superveniente é também ilícita quando o empregador: não tiver respeitado os requisitos legais para a sua configuração; não tiver realizado as comunicações exigidas pela lei; não tiver colocado à disposição do obreiro, até o final do aviso-prévio, a indenização devida e os créditos exigíveis pela cessação do contrato.

O trabalhador tem o prazo de um ano, a partir da dispensa, para ajuizar a ação de impugnação desta, salvo no caso de dispensa coletiva, em que esse prazo é de seis meses. O direito de ação apenas pode ser exercido pelo obreiro – não pelas organizações sindicais ou de representação dos trabalhadores –, não se podendo também utilizar outros meios de solução de controvérsias (v.g., arbitragem). O empregador somente pode invocar, em sua defesa, fatos e fundamentos constantes da decisão da dispensa comunicada ao empregado.

O obreiro poderá requerer ao juiz, em sede liminar, a suspensão da dispensa no prazo de cinco dias úteis contados da data em que recebeu a comunicação desta. Trata-se de uma providência cautelar, que é regulada pelos arts. 34 a 40 do Código de Processo do Trabalho português. No caso de o empregado dispensado ser representante sindical, membro de Comissão de trabalhadores ou membro de Conselho de empresa europeu, o juiz somente não decretará a suspensão liminar da dispensa se concluir pela séria probabilidade de que a justa causa tenha realmente existido (art. 456, §3º, do CT).

Se a decisão judicial considerar ilícita a dispensa, o trabalhador tem direito, *cumulativamente*, a ser indenizado por todos os danos, patrimoniais e não patrimoniais, sofridos e a ser reintegrado no seu posto de trabalho, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade. Faz jus, ainda, a receber uma compensação, que corresponde ao montante das remunerações devidas desde a data da dispensa até o trânsito em julgado da decisão.

Dessa compensação podem ser deduzidas as “importâncias que o trabalhador tenha comprovadamente obtido com a cessação do contrato e que não receberia se não fosse o despedimento” (art. 437, §2º, do CT)⁵⁷⁸. Pode ser deduzido também o seguro-desemprego, quando recebido pelo empregado, o qual deverá ser entregue pelo empregador à Seguridade Social. Poderão ser descontadas, ainda, as remunerações relativas ao período decorrido desde a data da dispensa até 30 dias antes da data da propositura da ação de impugnação, se esta não tiver sido proposta nos 30 dias seguintes à despedida.

O ressarcimento dos danos morais depende da verificação dos pressupostos da responsabilidade civil (conduta ilícita, dano, nexos causal, dolo ou culpa), cabendo ao obreiro o ônus da prova. A previsão expressa desse ressarcimento consiste em uma novidade do Código do Trabalho (CT), de 2003. Com efeito, a Lei de Cessação dos Contratos de Trabalho (LCCT), de 1989, não o previa,

⁵⁷⁸ A expressão “comprovadamente” significa que cabe ao empregador provar não somente que o trabalhador recebeu tais importâncias como consequência da sua dispensa, mas também que não as teria recebido se não tivesse ocorrido a cessação do contrato. In PINTO, João Fernando Ferreira. Código do Trabalho: cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador. *A reforma do Código do Trabalho*. coord. Centro de Estudos Judiciários, Inspeção-Geral do Trabalho. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 529. Destacamos a opinião defendida por parte da doutrina de que somente poderão ser deduzidas as importâncias que sejam consequência direta da dispensa, tal como o valor de um seguro a favor do obreiro, que não seria recebido se este não tivesse sido despedido. Assim, não poderiam ser deduzidos os rendimentos de trabalho auferidos pelo empregado após a dispensa. Conforme defende um dos autores do Anteprojeto do Código do Trabalho, Prof. Pedro Romano Martinez, a dedução de tais rendimentos seria uma “solução injusta, pois pune o trabalhador diligente que, em vez de aguardar o resultado da sentença na ociosidade, vai procurar outro meio de rendimento (...). Além disso, nada justifica que o empregador seja beneficiado – pagando uma compensação inferior – no caso de o trabalhador ter iniciado outra actividade remunerada, pois daqui não resulta uma justificação para atenuar a responsabilidade do empregador”. In MORAIS, Domingos José. A cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador. p. 506.

embora grande parte da doutrina e da jurisprudência já se pronunciasse no sentido da sua possibilidade⁵⁷⁹.

A reintegração no posto de trabalho é uma consequência direta da declaração da ilicitude da dispensa, a qual, sendo inválida, não teve o condão de romper o contrato de emprego, que permaneceu em vigor. Mas é facultado ao obreiro, até a prolação da sentença de 1ª instância, optar pelo recebimento de uma indenização no lugar da reintegração.

Todavia, caso o empregador seja uma microempresa ou o trabalhador ocupe cargo de administração ou de direção⁵⁸⁰, ele pode se opor à reintegração se justificar que o regresso do obreiro é gravemente prejudicial e perturbador para o prosseguimento da atividade empresarial⁵⁸¹. O fundamento invocado deverá ser apreciado pelo juiz. Essa oposição empresarial não se aplica quando: a ilicitude da dispensa se fundar em motivos políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos; o juiz considerar que o fundamento da oposição foi culposamente criado pelo empregador; tratar-se de trabalhadora grávida, em estado puerperal ou de amamentação.

As normas em tela são uma novidade do CT de 2003, pois, sob a égide da LCCT de 1989 (art. 13, §1º, alínea “b”, e §3º), o trabalhador era sempre reintegrado caso não optasse pela indenização. Agora pode não o ser, desde que se verifiquem os pressupostos citados. Tais normas foram e continuam sendo alvo de muitas críticas. Mas o Tribunal Constitucional, no Acórdão n. 306/2003, se pronunciou pela sua validade, afirmando que elas não violam nenhum preceito constitucional, particularmente o art. 53, acima transcrito. Essa decisão, no entanto, esteve longe de ser unânime, pois seis entre os treze Conselheiros votaram pela inconstitucionalidade, inclusive o Relator⁵⁸².

Como vimos, o trabalhador pode optar pela indenização substitutiva da reintegração. O montante desta é calculado entre 15 e 45 dias da remuneração por cada ano completo ou fração de

⁵⁷⁹ PINTO, João Fernando Ferreira. Código do Trabalho. p. 522.

⁵⁸⁰ Quando a norma menciona “cargos de administração” não está se referindo aos administradores das sociedades anônimas, pois estes não podem exercer, por incompatibilidade, quaisquer funções temporárias ou permanentes (na sociedade ou em sociedade que com ela esteja em relação de grupo ou de domínio) sob a égide de um contrato de trabalho, subordinado ou autônomo, nos termos do art. 398, do Código das Sociedades Comerciais. *In* PINTO, João Fernando Ferreira. Código do Trabalho. p. 532.

⁵⁸¹ Nos termos do art. 91, §1º, alínea “a” do Código do Trabalho: “Considera-se: microempresa: a que empregar no máximo 10 trabalhadores; pequena empresa: a que empregar mais de 10 até ao máximo de 50 trabalhadores; média empresa: a que empregar mais de 50 até ao máximo de 200 trabalhadores; grande empresa: a que empregar mais de 200 trabalhadores.”. Para efeitos desse dispositivo, “o número de trabalhadores é calculado com recurso à média do ano civil antecedente. No ano de início da actividade, a determinação do número de trabalhadores é reportada ao dia da ocorrência do facto que determina o respectivo regime”.

⁵⁸² PINTO, João Fernando Ferreira. Código do Trabalho. p. 530-531. Parte da doutrina também defende a constitucionalidade das normas em tela, argumentando que nas microempresas “mormente pela proximidade pessoal quase que diária, as partes têm a consciência (ou são chamadas a ela pelo juiz) de que a reintegração, na grande maioria dos casos, não é a melhor solução para acabar com o conflito que surgiu entre o empregador e o trabalhador, mas, sim, a opção indenizatória”. *In* MORAIS, Domingos José. A cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador. p. 508.

tempo de serviço, devendo o juiz, ao fixá-lo, considerar o valor da retribuição e o grau de ilicitude. Esse último está relacionado às causas de ilicitude da dispensa, previstas no art. 429, acima explicitado.

Parte da doutrina defende que o juiz deveria atribuir ao elemento da ilicitude um peso maior, considerando-o o fator preponderante para o cálculo, sendo a remuneração um critério meramente residual⁵⁸³. Assim, ilustrativamente, se a dispensa tiver sido efetuada por motivos religiosos, políticos, étnicos ou ideológicos, o grau de ilicitude é bastante elevado, razão pela qual a fixação da indenização deveria se aproximar do parâmetro máximo (45 dias). Já no caso de dispensa por vício formal no procedimento disciplinar, o referido grau é mais baixo, e, assim, a indenização arbitrada deveria ser menor⁵⁸⁴.

Se a indenização substitutiva for devida, não pela escolha do obreiro, mas, sim, pela procedência da oposição patronal, o seu valor é calculado da mesma forma, mas com o aumento dos parâmetros citados, que passam a ser de 30 e 60 dias. Também é calculada desse modo a indenização no caso de dispensa ilícita de empregada grávida, em estado puerperal ou de amamentação que tenha optado pelo indenização substitutiva (art. 51, §7º, do CT). O mesmo se aplica ao representante sindical obreiro dispensado sem justa causa (art. 456, §5º, do CT). O limite mínimo da indenização é de 3 meses de remuneração, sendo de 6 meses no caso da procedência da oposição patronal à reintegração.

Caso o trabalhador, que sofreu acidente de trabalho e foi dispensado sem justa causa durante o período de incapacidade temporária, optar pela indenização substitutiva, está será o dobro da indenização que seria devida a um obreiro em condições normais (art. 306, §4º, do CT).

Se o trabalhador impugnar judicialmente a dispensa por justa causa em razão da invalidade do procedimento disciplinar, o empregador pode, dentro do prazo para a contestação da ação, reabrir, por uma única vez, tal procedimento (art. 436, §2º, do CT). Esse preceito, já presente na LCCT, foi e continua sendo objeto de várias críticas, inclusive quanto à sua inconstitucionalidade, por se traduzir “numa diminuição das garantias de defesa do trabalhador” e por afetar “sensivelmente as garantias de certeza e de segurança jurídicas, uma e outra próprias do Estado de Direito”, consagradas no art. 2º da Constituição⁵⁸⁵.

⁵⁸³ MORAIS, Domingos José. A cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador. p. 511-512.

⁵⁸⁴ O Prof. Pedro Romano Martinez afirma que “na ponderação dever-se-á ainda ponderar o grau de culpa do empregador, nomeadamente, na apreciação do motivo justificador invocado”. *In* PINTO, João Fernando Ferreira. Código do Trabalho. p. 533-534.

⁵⁸⁵ “Artigo 2º. Estado de direito democrático. A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa”. *In* PINTO, João Fernando Ferreira. Código do Trabalho. p. 523.

Ao se pronunciar sobre a questão, O Tribunal Constitucional, no Acórdão n. 306, de 25 de junho de 2003, afirmou a validade da norma, mas ressaltou que ela não pode se aplicar se inexistente o procedimento disciplinar (ou seja, tem que ter havido um procedimento anterior, mesmo que eivado do vício alegado pelo trabalhador). Além disso, uma vez reaberto o procedimento para a expurgação dos vícios formais, não pode dele constar uma segunda acusação, podendo apenas ser feita uma reapreciação dos fatos já imputados ao trabalhador (constantes da nota de culpa original), a qual será feita após a eliminação dos referidos vícios. O trabalhador tem direito, obviamente, de refazer a sua resposta no procedimento, sob pena de ser violado o seu direito de defesa⁵⁸⁶.

Uma vez concluído o procedimento disciplinar, após a eliminação das invalidades formais, o empregador apresentará a sua contestação na ação judicial, que até então estava suspensa. Para garantir o direito do trabalhador, deve-se dar-lhe a oportunidade de reformular a sua petição inicial, pois aquela inicialmente apresentada teve por base uma realidade que pode ter sido alterada⁵⁸⁷.

4.6 SUÉCIA

4.6.1 Contratação por prazo determinado

Antes da entrada em vigor da Lei de Proteção do Emprego, de 1974, as partes podiam livremente escolher se o contrato de trabalho seria por prazo indeterminado ou a termo. Apesar dessa liberdade, em regra, na prática, celebrava-se um contrato por prazo indeterminado, pois não havia limitações legais para a sua cessação⁵⁸⁸.

Mas a Lei de Proteção do Emprego de 1974 e aquela de 1982 (atualmente em vigor) exigiram que a dispensa do empregado fosse fundada em um motivo legítimo, sob pena de invalidade. Para evitar que essa norma fosse eludida, foram estabelecidas restrições para o uso dos contratos a termo. Assim, estes somente podem ser estabelecidos em hipóteses especiais, como o contrato de experiência (que não pode exceder 6 meses); a substituição temporária de outro empregado; quando a natureza do trabalho a ser executado o exigir; e para atender a um grande aumento temporário do serviço da empresa. Outras hipóteses podem ser estabelecidas pela contratação coletiva. Importa observar que a

⁵⁸⁶ PINTO, João Fernando Ferreira. Código do Trabalho. p. 524-525.

⁵⁸⁷ PINTO, João Fernando Ferreira. Código do Trabalho. p. 526.

⁵⁸⁸ ADLERCREUTZ, Axel. Sweden. *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. v. 13. coord. Roger Blanpain. The Hague: Kluwer Law International, 1998. p. 67.

celebração de contratos por prazo indeterminado é a regra na Suécia, sendo, de longe, muito mais comum do que a pactuação de contratos a termo⁵⁸⁹.

4.6.2 A disciplina das dispensas

O contrato de trabalho em regra pode ser pactuado sem exigência de formalidades. Todavia, para que seja extinto, uma série de restrições e de exigências formais foi sendo gradualmente estabelecida, sobretudo em virtude da pressão exercida pelos sindicatos obreiros no sentido de maior proteção do emprego. A matéria começou a ser regulamentada pelos contratos coletivos até que, em 1974, foi tratada pelo legislador na Lei de Proteção do Emprego, a qual foi substituída por um diploma equivalente em 1982.

No caso de enfrentamento de dificuldades pela empresa e da correlata escassez de trabalho, os usos criaram uma prática denominada “lay-off”. Esta, em sua origem, implicava a suspensão do contrato, de modo que este continuava em vigor, mas as obrigações principais das partes – para o empregador, pagar a remuneração, e, para o empregado, prestar o serviço – permaneciam suspensas. O “lay-off” consistiu, assim, em um meio de redução temporária da força de trabalho estabelecido de forma consuetudinária, sem previsão expressa nos contratos coletivos ou na legislação. Aplicava-se apenas aos empregados manuais, não aos assalariados (cujo trabalho envolve atividade intelectual).

Um passo importante na direção do estabelecimento de maior proteção do emprego foi o Acordo Básico estabelecido em 1938 entre a SAF (“Svenska Arbetgivareföreningen” – Confederação dos Empregadores Suecos) e a LO (“Landsorganisationen i Sverige” – Confederação Sueca dos Sindicatos dos Empregados). Esse acordo na realidade não significou um abandono do princípio, então vigente, do direito do empregador de proceder à dispensa “ad nutum”, mas introduziu a necessidade de se observar um procedimento prévio de negociação. Assim, o empregador foi obrigado a explicitar as razões da dispensa e se submeter à discussão da questão.

Embora a decisão final continuasse nas mãos do patrão, a sua discricionariedade foi reduzida. Foi estabelecido um órgão bipartite, a Comissão Diretiva do Mercado de Trabalho, formada por 3 membros indicados pela SAF e 3 membros indicados pela LO, a qual deliberava por voto majoritário e tinha o poder de recomendar a solução para a controvérsia, mas não de decidi-la. Cabia às citadas

⁵⁸⁹ O professor da Universidade de Lund, Axel Adlercreutz, afirma que “contratos de emprego por tempo indeterminado são de longe muito mais comuns”. *In* ADLERCREUTZ, Axel. Sweden. p. 99.

confederações sindicais pressionarem os seus membros para seguir essa recomendação. Acordos do mesmo gênero foram também adotados por outras organizações sindicais⁵⁹⁰.

Um segundo e mais decisivo passo ocorreu em 1964, quando o citado Acordo Básico foi modificado para declarar expressamente o princípio da necessidade de um motivo justo para a dispensa, além de ter introduzido a arbitragem como meio de resolver as controvérsias. Foi introduzida uma distinção importante entre a dispensa motivada pela redundância (necessidade de reduzir a força de trabalho) e a dispensa por razões ligadas à pessoa do empregado. Somente no caso de controvérsias advindas dessa última a arbitragem poderia ser utilizada, pois no caso da dispensa por redundância a decisão final cabia ao próprio empregador.

A Comissão Diretiva do Mercado de Trabalho, acrescida de um novo membro imparcial, que a presidia, passou a servir como o órgão de arbitragem para as mencionadas controvérsias. Ela poderia, no caso de se comprovar que a dispensa foi imotivada, impor ao empregador o pagamento de uma indenização, mas não determinar a reintegração do empregado. O Acordo também passou a prever o dever de avisar a um representante do sindicato local antes que a dispensa ou o “lay-off” fosse efetivado. O objetivo era proporcionar a oportunidade e o tempo para a realização de uma consulta.

A necessidade da concessão do aviso-prévio, em geral de uma semana, foi gradualmente introduzida na maior parte dos contratos coletivos. Estes, no caso dos assalariados, estabeleciam um prazo bem maior, proporcional ao tempo de serviço, sendo maior no caso de o aviso ser dado pelo empregador do que quando ele é dado pelo empregado. O Acordo de 1964 entre SAF e LO aumentou o aviso-prévio para 2 semanas. Visando também aumentar a proteção e considerando que a mera vigência do contrato, sem a prestação de trabalho e pagamento da remuneração, é prejudicial ao empregado, o referido Acordo introduziu o “lay-off” remunerado.

Apesar dos avanços verificados, a proteção contra a dispensa, de fundamental importância, era regulada apenas pelos contratos coletivos, não existindo uma legislação específica. O cenário modificou-se com a promulgação da Lei de Proteção do Emprego, em 1974. Esta se inspirou nos contratos coletivos, mas trouxe importantes inovações, restringindo bem mais a liberdade do empregador. Tal diploma foi substituído por uma nova Lei de Proteção do Emprego, em 1982. O objetivo de ambas as leis era: restringir o direito do empregador de dispensar o empregado; reforçar tais restrições por meio de sanções mais severas e prever um procedimento que permita ao empregado permanecer em seu posto até a decisão final da controvérsia; estabelecer períodos mais longos de

⁵⁹⁰ ADLERCREUTZ, Axel. Sweden. p. 101.

aviso-prévio remunerado; restringir o uso de “lay-off” não remunerado; instituir regras de prioridade para a reconstrução dos empregados dispensados por redução de pessoal.

A lei em comento tem um âmbito de aplicação bastante amplo, abrangendo os setores público e privado. Exclui apenas algumas categorias, como os empregados que são membros da família do patrão, os domésticos e os ocupantes de altos cargos de gerência.

Nos termos da lei, o empregador pode dispensar o obreiro de duas formas: com a concessão de aviso-prévio ou de forma sumária, sem concedê-lo. Do mesmo modo, o empregado pode se demitir dessas duas maneiras. A regra é que o obreiro tem a obrigação de conceder o aviso, sendo este de um mês, mas não deve seguir nenhuma formalidade, nem expor os motivos da sua decisão. Mas se o empregador violou gravemente os seus deveres (v.g., agressões físicas ou insultos), o trabalhador não é obrigado a conceder o aviso-prévio, podendo deixar o emprego imediatamente.

A lei, obviamente, estabelece maiores restrições e formalidades no caso da dispensa do empregado. Importa notar que o diploma consagrou o importante princípio de que a proteção do emprego deve ser mais forte quanto maior for o tempo de serviço, o que pode ser evidenciado no que tange ao aviso-prévio a ser observado pelo patrão. A regra geral é 1 mês, mas, se o tempo de serviço for superior a 2 e inferior a 4 anos, é de 2 meses; se situado entre 4 e 6 anos, é de 3 meses; entre 6 e 8 anos, é de 4 meses; entre 8 e 10 anos, é de 5 meses; se superior a 10 anos, é de 6 meses⁵⁹¹.

Como vimos, a lei estabelece a regra de que “a dispensa por parte do empregador deve tem um motivo justo”. Se anteriormente, na falta de acordo, a decisão final cabia ao empregador, agora cabe ao juiz determinar se a dispensa é válida ou não. O “motivo justo” não foi definido pela lei, mas a respectiva exposição de motivos traz orientações importantes, recomendando um maior rigor para a sua configuração do que o praticado até então. Afirma, ainda, que essa última depende dos valores presentes na sociedade em determinada época e, assim, está sujeita a mudanças.

A visão subjacente à lei é a de que o empregador tem uma responsabilidade social pelos seus empregados, de forma que os custos sociais gerados pela parte menos produtiva da população não deve ser suportado apenas pelo Estado, mas deve compartilhado pelo empresariado. Considera-se que os

⁵⁹¹ Todavia, consoante o art. 33 da Lei de Proteção do Emprego, aplicam-se regras especiais se o empregado atinge a idade para a aposentadoria compulsória por velhice ou, de todo modo, se ele completa 67 anos. Se o patrão deseja que o obreiro, ao alcançar essa idade, aposente-se, deve conceder-lhe um aviso-prévio de 1 mês. O empregado nas condições acima descritas também não tem direito de prioridade em permanecer na empresa (em razão da sua maior antiguidade) no caso de dispensa por motivo de redundância. O patrão que deseja que o obreiro se aposente depois de ter adquirido o direito ao recebimento do benefício de invalidez em seu valor integral, nos termos da Lei do Seguro Nacional, deve dar-lhe um aviso-prévio tão logo tenha conhecimento desse fato. LEVITER, Lee, MULLER, Angelika. *International Labour Organization: Sweden*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/info/termination/countries/sweden.htm>>. Acesso em: 08 fev. 2008.

obreiros têm, de certo modo, o direito de permanecerem empregados uma vez que foram contratados. Além disso, exige-se uma maior responsabilidade das empresas maiores do que das pequenas, as quais têm menores possibilidades de proporcionar um posto alternativo dentro de sua estrutura para um empregado não adaptado às suas funções⁵⁹².

Segundo a lei, o motivo justo pode ser de duas espécies: a redundância, relacionada à necessidade de redução de pessoal pela empresa, e as razões pessoais, relacionadas ao empregado. Para ambas as hipóteses a lei faz uma reserva: não há justo motivo caso se possa razoavelmente exigir que o empregador transfira o empregado para outro posto.

4.6.2.1 Dispensa por redundância

A decisão final sobre a redução de pessoal cabe ao empregador, mas os empregados e os sindicatos podem questionar, perante a Justiça do Trabalho, se realmente existe a escassez de trabalho apontada ou se, na verdade, a dispensa é motivada por outras razões. Em geral, o juiz não entra no mérito da decisão empresarial, isto é, não examina o caso sob o ponto de vista da economia dos negócios, cabendo ao empregador provar apenas que as circunstâncias que ocasionaram a dispensa são reais e não fictícias⁵⁹³.

A lei não prevê, para esse tipo de dispensa, o pagamento de uma indenização ao empregado, mas esta é, em geral, prevista nos contratos coletivos. De fato, originariamente, o seu pagamento dependia da discricionariedade do empregador, mas, atualmente, essa obrigação é parte integrante de um amplo mecanismo assecuratório estabelecido pela contratação coletiva firmada entre SAF e LO e financiado pelas contribuições dos empregadores calculadas com base na folha de pagamentos. Tais entidades sindicais fundaram uma sociedade especial (AMF) para administrar este e outros mecanismos de Seguro Social. Para o cálculo dessa indenização, leva-se em conta a idade do empregado e o seu tempo de serviço na empresa⁵⁹⁴.

Além disso, o empregado tem direito à prioridade na readmissão se o empregador necessita contratar força de trabalho no prazo nove meses após a sua dispensa, caso ele tenha a qualificação necessária para o novo posto. A empresa deve informá-lo do seu direito de prioridade e da forma como deve exercê-lo.

⁵⁹² ADLERCREUTZ, Axel. Sweden. p. 107.

⁵⁹³ ADLERCREUTZ, Axel. Sweden. p. 107.

⁵⁹⁴ ADLERCREUTZ, Axel. Sweden. p. 106.

4.6.2.2 Dispensa por circunstâncias relacionadas à pessoa do empregado

Trata-se de circunstâncias relacionadas à conduta do obreiro (*v.g.*, negligência) ou a situações de caráter objetivo, para as quais ele não concorre com nenhuma culpa (*e.g.*, redução da capacidade de trabalho em virtude de doença). Importa notar que a Declaração do Governo de 1973, relativa à mencionada Lei de 1974, esclarece que a redução da capacidade de trabalho em razão da idade ou de doença somente pode ser considerada um motivo justo para a dispensa em casos excepcionais.

Podemos encontrar exemplos dessas circunstâncias na casuística jurisprudencial. Assim, a dificuldade de cooperar com o empregador ou com outros empregados somente configura o motivo justo nas pequenas empresas e desde que o patrão tenha advertido anteriormente ao obreiro sobre os possíveis efeitos da sua contínua relutância em cooperar. Um ato de violência no local de trabalho em regra é considerado um motivo válido e, dependendo da gravidade do caso, legitima a dispensa sumária (sem aviso-prévio).

A indisciplina no comportamento, em geral, somente é tida como motivo justo quando demonstra que o empregado não é adequado para o trabalho. Casos como a recusa em cumprir ordens, atrasos, ausência do trabalho sem justificativa devem ser revestidos de certa gravidade para legitimarem a dispensa. A lei acolhe expressamente o princípio da imediaticidade com relação ao tempo decorrido entre a conduta praticada e a sua invocação pelo patrão como motivo da dispensa⁵⁹⁵.

Segundo a Lei de Co-gestão, de 1976, a dispensa efetuada como represália ao exercício do direito de associação é inválida. Uma proteção especial é conferida pela Lei do Ambiente de Trabalho, de 1977, aos representantes dos trabalhadores para a segurança, e pela Lei de Representação Sindical no Local de Trabalho, de 1974, aos representantes sindicais na empresa.

Em casos muito sérios, de grave violação pelo empregado de seus deveres, a lei permite ao patrão dispensá-lo sem a concessão de aviso prévio. Novamente é a casuística jurisprudencial que nos fornece exemplos de condutas revestidas de tal gravidade. Pode-se citar graves incidentes de violência ou ameaça de violência no local de trabalho, crimes sérios cometidos contra a propriedade do empregador, assédio sexual aos alunos em uma escola. O Tribunal do Trabalho firmou o entendimento de que a dispensa sumária apenas deve ser usada como último recurso, quando não se pode encontrar outra solução aceitável para o conflito⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ ADLERCREUTZ, Axel. Sweden. p. 109-110.

⁵⁹⁶ ADLERCREUTZ, Axel. Sweden. p. 110.

Cumpra-se notar que não podem ser invocados como motivos para a dispensa: a filiação do empregado ao sindicato ou a sua participação em atividades deste; a raça, sexo, etnia, religião, crença, deficiência ou orientação sexual do empregado; gravidez, licença-maternidade ou licença-paternidade; licença para cuidado de dependentes; prestação de serviço militar ou do serviço civil substitutivo; licença para fins educacionais⁵⁹⁷.

O empregador deve observar um procedimento formal para dispensar o empregado (com ou sem aviso-prévio). A sua não obediência não ocasiona a invalidade da dispensa, mas em geral é sancionada por meio do pagamento de uma indenização ao empregado.

4.6.3 “Lay-off”

Trata-se de uma modalidade, diversa da dispensa, para a redução da força de trabalho excedente na empresa. Sua aplicação é permitida apenas para os trabalhadores manuais, e não para os assalariados. Originariamente, consistia na suspensão do contrato de trabalho, de modo que o empregado não era remunerado, recebendo apenas uma compensação do seguro-desemprego. Todavia, a partir de 1985, os empregadores foram obrigados a pagar a remuneração integral àqueles envolvidos no “lay-off”. No mesmo ano, a SAF e a LO firmaram um acordo criando um sistema para reduzir os custos imediatos dos empregadores. Estes passaram a contribuir para um fundo, do qual recebem uma compensação para atenuar o impacto financeiro do pagamento dessas remunerações.

De acordo com o Tribunal do Trabalho, para que o empregador possa unilateralmente optar pelo “lay-off”, é necessário que haja um motivo justo, isto é, deve realmente haver uma escassez temporária de trabalho na empresa. Esse mecanismo não pode ser usado para se esquivar da obrigação de pagar a integralidade da remuneração que seria devida no período de aviso-prévio e quando o patrão considera que não será capaz de reempregar os obreiros afetados em um tempo razoável (ou seja, quando a escassez de trabalho não é temporária, mas, sim, permanente). O “lay-off” pode ser parcial caso implique apenas uma redução na jornada de trabalho.

4.6.4 Regras sobre a prioridade nas hipóteses de dispensa, “lay-off” e recontração

⁵⁹⁷ LEVITER, Lee, MULLER, Angelika. *International Labour Organization: Sweden*.

A Lei de Proteção do Emprego, em seu §22, estabelece critérios a serem observados para a determinação de quais trabalhadores serão dispensados ou abrangidos pelo “lay-off”, quando a empresa pretende reduzir o seu pessoal. Os critérios para a determinação dos obreiros que não serão afetados são o maior tempo de serviço e, em segundo lugar, a idade mais avançada. Além disso, os representantes sindicais têm preferência para permanecerem na empresa, caso isso seja especialmente importante para a continuação da atividade sindical no local de trabalho. A dispensa contrária a esse preceito é inválida, nos termos do art. 8º da Lei dos Representantes Sindicais, de 1974. Os trabalhadores deficientes também gozam de maior garantia. As mesmas regras são aplicáveis para a escolha daqueles a serem recontratados pelo empregador em razão do seu direito de prioridade, acima visto.

Mas é possível que o empregador acorde com o sindicato o estabelecimento de outros critérios ou a aplicação apenas parcial das regras legais. Os sindicatos têm uma posição muito forte na negociação que visa ao estabelecimento desses critérios.

O obreiro a tempo parcial que deseja aumentar o seu tempo de trabalho tem direito de prioridade quando presentes as seguintes condições: ele manifestou expressamente esse desejo; a necessidade de força de trabalho pela empresa pode ser satisfeita por meio desse aumento; e o empregado tem qualificação suficiente para as novas tarefas que lhe serão atribuídas. Esse direito de prioridade prevalece sobre aquele dos obreiros dispensados.

4.6.5 Procedimentos formais para a dispensa e o “lay-off”

A Lei de Proteção do Emprego contém várias normas que visam assegurar que os sindicatos tenham acesso às informações e possam influenciar os procedimentos empresariais de redução da força de trabalho e de recontração. O empregador deve observar uma série de formalidades quando pretende proceder à dispensa por redundância, ao “lay-off” ou à recontração. Entre elas está o dever de negociar com o sindicato antes de tomar a decisão final, consoante o § 29 da lei, que se refere expressamente aos §§ 11 a 14 da Lei de Co-gestão.

Além disso, nos termos da Lei relativa às Medidas de Promoção do Emprego, de 1974, o patrão tem o dever de notificar a autoridade administrativa local responsável pelas questões relativas ao mercado de trabalho com uma antecedência de 2 a 6 meses, no caso de dispensa para redução de pessoal, dependendo do número de trabalhadores envolvidos. No caso de “lay-off”, a antecedência da notificação é de 1 mês. Tais comunicações são obrigatórias quando o número de obreiros envolvidos é

ao menos 5 e o seu objetivo é que as autoridades administrativas tenham tempo de procurar novos postos de trabalho para essas pessoas.

A sanção pelo descumprimento desse prazo é o pagamento de uma multa cujo valor varia em razão do número de empregados envolvidos e das semanas de atraso da notificação. Todavia, o empregador não é obrigado a respeitar essa antecedência para a notificação quando a redundância resultou de circunstâncias imprevisíveis⁵⁹⁸.

No caso de dispensa por razões pessoais, com ou sem aviso-prévio, aplicam-se apenas as formalidades da Lei de Proteção do Emprego relativas à advertência e consulta, prévias à realização da dispensa⁵⁹⁹.

Assim, o empregado deve ser notificado por escrito com a antecedência de duas semanas, em relação ao início do decurso do aviso-prévio, se a dispensa será com aviso-prévio, ou uma semana, se será sem tal aviso. Se ele é filiado a um sindicato, este deverá ser simultaneamente notificado. O objetivo é proporcionar ao empregado e ao sindicato a oportunidade de discutir a questão antes que a dispensa se consume. Eles podem, dentro de uma semana após a notificação, solicitar uma reunião com o empregador. Caso requerido pelo obreiro, este deve também indicar-lhe por escrito as razões da sua dispensa. A decisão final, no entanto, cabe ao patrão. Se for desfavorável ao trabalhador e ele queira contestá-la judicialmente, deverá informá-lo ao empregador no prazo de duas semanas após receber o aviso-prévio. Esse prazo é de 1 mês caso o patrão, ao notificar a dispensa, não tenha informado ao obreiro do seu direito de contestá-la e do procedimento que deve seguir para fazê-lo.

As formalidades acima descritas aplicam-se à dispensa por razões pessoais com ou sem aviso-prévio. Essa última, no entanto, é pouco comum na Suécia, uma vez que os juízes consideram esse tipo de dispensa (sem aviso-prévio) apropriada apenas caso não haja outra solução possível⁶⁰⁰.

Durante a ação judicial, o empregado, a princípio, é mantido no posto de trabalho, fazendo jus a todos os benefícios correlatos. Essa regra aplica-se automaticamente no caso de dispensa com aviso prévio. O empregador, no entanto, pode tentar obter uma decisão liminar para suspender o contrato de trabalho durante a pendência da ação. No caso da dispensa sem aviso-prévio ocorre o contrário: a princípio o empregado permanece afastado da empresa durante o litígio, mas pode obter uma decisão liminar em sentido contrário⁶⁰¹.

⁵⁹⁸ ADLERCREUTZ, Axel. Sweden. p. 115.

⁵⁹⁹ ADLERCREUTZ, Axel. Sweden. p. 115.

⁶⁰⁰ LEVITER, Lee, MULLER, Angelika. *International Labour Organization: Sweden*.

⁶⁰¹ ADLERCREUTZ, Axel. Sweden. p. 117-118.

O ônus de provar a existência de um motivo que legitime a dispensa é do empregador. Ele deve comprovar não apenas os fatos que consistem o motivo, mas também a importância do término do contrato para a empresa, inclusive a impossibilidade de recolocar o empregado em outro posto mais adequado dentro desta. Muitas dispensas foram invalidadas pelo Tribunal do Trabalho em razão de o empregador não ter conseguido provar as circunstâncias sobre as quais baseou o seu ato. Caso o Tribunal decida pela ilegitimidade da dispensa, podem ser diversas as conseqüências.

O empregado tem direito a ser reintegrado, caso o queira, somente podendo o juiz decidir em sentido contrário em situações excepcionais, como as possíveis dificuldades de cooperação com o empregador em empresas muito pequenas. O obreiro faz jus, ainda, a receber a integralidade da sua remuneração desde a dispensa até a reintegração, além da indenização por perdas e danos eventualmente sofridos pelo ato ilegal do empregador.

Se a decisão considerou que o motivo não era suficiente para a dispensa sem aviso-prévio, mas poderia ter legitimado aquela com o aviso, o ato não será invalidado, mas o empregado faz jus à indenização. Apenas se a decisão considera que não havia motivo nem mesmo para a dispensa com aviso-prévio é que esta será invalidada.

Se o empregador se recusa a reintegrar o obreiro, em desobediência à decisão judicial, considera-se cessado o contrato, pois se acolhe o princípio de que no Direito do Trabalho a coerção não pode ser usada para forçar o restabelecimento da relação de emprego. Nesse caso, o empregador deverá pagar ao obreiro uma indenização considerável, cujo valor varia de 6 a 48 remunerações mensais. Nos termos do art. 39 da Lei de Proteção do Emprego, essa indenização corresponde a: 6 remunerações mensais, se o tempo de serviço do empregado é inferior a 6 meses; 16 remunerações, se o tempo de serviço é ao menos 6 meses, mas inferior a 5 anos; 24 remunerações, se esse tempo é no mínimo 5 anos, mas inferior a 10 anos; 32 mensalidades, se a antiguidade do obreiro é igual ou superior a 10 anos. Mas caso o empregado tenha completado 60 anos, tais valores são aumentados para 24, 36 e 48 remunerações mensais, respectivamente⁶⁰².

No caso de a dispensa ser contestada, não em razão da invalidez do motivo, mas, sim, pela violação das regras de prioridade, a decisão favorável ao obreiro não a invalida, mas determina o pagamento de uma indenização pelo empregador.

4.7 DINAMARCA

⁶⁰² ADLERCREUTZ, Axel. Sweden. p. 118 e LEVITER, Lee, MULLER, Angelika. *International Labour Organization: Sweden*.

A proteção do trabalho consiste em regras acerca do término da relação de emprego e em outros direitos reconhecidos ao empregado quando a relação vem de fato a cessar. O nível de proteção freqüentemente depende do seu tempo de serviço. Assim, por exemplo, o tempo de aviso-prévio estabelecido em lei e nos contratos coletivos é mais longo quando a antiguidade do obreiro for maior⁶⁰³.

4.7.1 O aviso-prévio

Na Dinamarca, os empregados são tradicionalmente divididos em trabalhadores manuais e não manuais, sendo esses últimos também denominados assalariados. Não há uma regra geral que estabeleça a duração do aviso-prévio, a qual é fixada por leis especiais, aplicáveis a determinadas categorias, ou pelos contratos coletivos. No caso dos trabalhadores assalariados, a lei especial que os regula estabelece que o aviso-prévio devido pelo patrão varia do mínimo de 1 mês até o máximo de 6 meses, de acordo com a antiguidade do obreiro. Mas o aviso-prévio por este devido, no caso de pedido de demissão, é de 1 mês, independentemente do seu tempo de serviço. Para os trabalhadores domésticos e para os rurícolas, consoante o diploma legal aplicável, o aviso-prévio devido pelo patrão é de 3 meses, se a relação durou mais de 12 meses⁶⁰⁴.

A maior parte dos contratos coletivos também estabelece que o aviso-prévio devido pelo empregador é mais longo quanto maiores forem a antiguidade e a idade do empregado. A tendência atual aponta no sentido do aumento do aviso-prévio, de modo a aproximar cada vez mais os trabalhadores comuns aos assalariados nesse aspecto específico. A contratação coletiva também estabelece, invariavelmente, que o representante sindical dos obreiros nos locais de trabalho e o representante dos empregados em matéria de segurança no trabalho fazem jus a um aviso-prévio consideravelmente maior do que o aplicável aos trabalhadores em geral.

Nos termos da referida lei especial, o trabalhador assalariado cujo tempo de serviço for de 12, 15 ou 18 anos, ao ser dispensado tem direito a receber uma indenização equivalente a, respectivamente, 1, 2 ou 3 meses de salário. Se a dispensa tiver sido ilegal, sem a concessão de aviso-prévio, faz jus, ainda, a receber outra indenização. Disposições semelhantes encontram-se na Lei dos Trabalhadores

⁶⁰³ HASSELBALCH, Ole. Denmark. *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. v. 5. coord. Roger Blanpain. The Hague: Kluwer Law International, 2005. p. 153-155.

⁶⁰⁴ HASSELBALCH, Ole. Denmark. p. 22 e 69.

Marítimos e nos contratos coletivos, sobretudo naqueles aplicáveis a setores onde a modernização e a racionalização implicam uma redução considerável da força de trabalho, como nas indústrias gráficas.

Consoante a Lei de Seguro-Desemprego, o obreiro que não concorreu com culpa para a sua dispensa recebe o benefício enquanto permanecer desempregado. Este é pago por fundos privados organizados na forma de associações, as quais são subsidiadas de forma substancial pelo Estado, sendo muitas delas administradas pelos sindicatos obreiros.

O contrato de trabalho pode ser cessado por iniciativa de qualquer das partes sem a concessão do aviso-prévio quando tiver sido gravemente violado. É o caso, por exemplo, de o trabalhador se recusar terminantemente a prestar o serviço, como prevê expressamente a Lei sobre Treinamento Vocacional.

4.7.2 A necessidade de um motivo razoável para a dispensa

A liberdade do empregador em cessar a relação de trabalho vem sendo consideravelmente limitada nas últimas décadas pelas leis e pelos contratos coletivos, que estabelecem que a dispensa deve ocorrer por uma razão justa. Em geral, tais normas não sancionam com a nulidade as dispensas contrárias aos seus preceitos, mas impõem ao empregador o dever de indenizar o empregado e, em alguns casos, de pagar uma multa ao Estado ou em favor do sindicato obreiro. Todavia, o contrato coletivo firmado pela Confederação dos Empregadores Dinamarqueses e pela Confederação Dinamarquesa dos Sindicatos dos Trabalhadores, que instituiu o Tribunal para as Dispensas (órgão arbitral encarregado de solucionar as controvérsias nessa matéria), estabelece que este pode decidir pela reintegração do empregado, regra que existe desde 1981⁶⁰⁵.

Esse contrato coletivo estabeleceu várias regras de proteção do empregado contra a dispensa injusta. Desde então, normas semelhantes têm sido adotadas por grande parte dos contratos coletivos firmados em áreas não abrangidas por aquele acordo. Este estabelece que a dispensa é injusta quando ausente um motivo razoável, o qual pode estar relacionado às condições da empresa, ao comportamento do empregado ou a outras condições a este relacionadas. Tal regra aplica-se apenas aos obreiros com no mínimo 9 meses de serviço. O empregado tem direito a ser informado da causa da dispensa e, se não a considerar justa, tem direito a que a questão seja discutida pelo seu representante sindical no local de

⁶⁰⁵ HASSELBALCH, Ole. Denmark. p. 162-163.

trabalho. Se o problema não for solucionado, o sindicato do obreiro pode discutir a questão com a entidade sindical do empregador.

Caso não se chegue a uma solução, o sindicato pode submeter a questão ao Tribunal para as Dispensas. Se este decide que não há um motivo razoável, pode determinar a continuidade da relação de emprego ou a reintegração do obreiro caso este tenha deixado o seu posto de trabalho. Mas se as circunstâncias do caso demonstram que a possibilidade de cooperação entre os contratantes já foi ou provavelmente será seriamente comprometida, ele pode determinar o pagamento de uma indenização, de valor não superior a 52 salários semanais. Na determinação dessa quantia, deve-se levar em conta a antiguidade do obreiro.

Caso o Tribunal tenha ordenado a reintegração, mas o empregador recuse-se a efetuar-la, entende-se que não é possível coagi-lo ao seu cumprimento. Mas tal recusa configura um sério descumprimento do contrato coletivo pelo patrão, o qual é condenado ao pagamento de uma multa pesada⁶⁰⁶.

O ônus de provar o motivo razoável para a dispensa é do empregador. Exemplos desse motivo, presentes nas decisões do citado Tribunal, são: a recusa reiterada em prestar horas-extras, a incapacidade do empregado de cooperar, a sua falta de sociabilidade, ofensas disciplinares, desobediência às regras de segurança no trabalho.

As normas acima examinadas, como vimos, foram estabelecidas de forma pioneira pela contratação coletiva. No âmbito legislativo, uma proteção do mesmo gênero pode ser encontrada na Lei dos Trabalhadores Assalariados. Esta estabelece que, caso o trabalhador, cujo tempo de serviço for de no mínimo 1 ano, seja dispensado sem um motivo razoável, tem direito a receber uma indenização, para cujo cálculo leva-se em conta a sua antiguidade, entre outros fatores. Ao contrário da contratação coletiva, no entanto, a lei não prevê a possibilidade de reintegração.

O trabalhador assalariado (não manual), mesmo que dispensado por justa causa, tem direito ao recebimento de uma indenização de antiguidade igual a 1 mês de salário, se tiver mais de 12 anos de tempo de serviço, ou 3 meses de salário, se tiver mais de 18 anos de serviço⁶⁰⁷.

4.7.3 Dispensa por motivos ilícitos

⁶⁰⁶ HASSELBALCH, Ole. Denmark. p. 163.

⁶⁰⁷ COMISSÃO EUROPÉIA. *Termination of employment relationships*. p. 131.

Há várias leis que prevêm determinados motivos considerados ilícitos para fins de dispensa. A sanção prevista é, em geral, o pagamento de uma indenização, cujo valor máximo é fixado pela lei. Há diplomas, no entanto, que prevêm o direito à reintegração do obreiro, que pode solicitar que a Corte determine, em sede liminar, a sua permanência no emprego até a decisão final da controvérsia. Exemplos de tais motivos e das respectivas leis são: filiação ou não filiação ao sindicato (Lei sobre a Dispensa por Filiação ao Sindicato); discriminação (Lei Anti-discriminação), desigualdade salarial, desigualdade de tratamento, gravidez (Lei de Igualdade Salarial e Lei de Tratamento Igual para Homens e Mulheres), licença-maternidade e licença-paternidade (Lei sobre Licenças para o Cuidado das Crianças), serviço militar (Lei sobre Licença durante o Serviço Militar), licença para cuidar de familiares próximos (Lei sobre a Licença para o fim de Cuidar dos Membros da Família que sofrem de Deficiência ou Doença Séria).

Uma das leis mais aplicadas é a Lei de Igualdade Salarial, a qual estabelece que o obreiro não pode ser dispensado por solicitar a isonomia salarial. Se a dispensa tiver ocorrido por esse motivo, ele tem direito, em regra, à reintegração. Se esta não é determinada, em virtude de razões especiais, ele faz jus a uma indenização de valor não superior a 78 salários mensais. Do mesmo modo, a Lei sobre a Dispensa por Filiação ao Sindicato dispõe que o empregado dispensado em violação aos seus preceitos tem direito, em regra, à reintegração. Caso esta, por razões especiais, não seja ordenada, ele faz jus a uma indenização não superior a 24 salários mensais⁶⁰⁸.

4.7.4 Dispensa coletiva

A Lei sobre as Dispensas Coletivas foi editada para implementar a Diretiva comunitária n. 59, de 1998. A dispensa coletiva ocorre por motivos alheios ao empregado, estando relacionados à própria empresa. Um exemplo seria uma redução considerável da demanda pelo serviço prestado pela empresa ou um processo de modernização ou racionalização da produção dessa última, que geram a necessidade de redução da força de trabalho. Essa lei somente é aplicável quando número de dispensas, no período de 30 dias, é, no mínimo, de: 10 trabalhadores em empresas que normalmente empregam mais de 20 e menos de 100 obreiros; 10% do número total de empregados, se a empresa normalmente ocupa no mínimo 100 mas menos de 300 obreiros; 30 trabalhadores em empresas que normalmente empregam

⁶⁰⁸ HASSELBALCH, Ole. Denmark. p. 166-167.

no mínimo 300 empregados. Observa-se que esses critérios repetem aqueles contidos na Diretiva comunitária.

Antes de proceder à dispensa coletiva, o empregador precisa iniciar uma negociação com os representantes dos obreiros. O objetivo é evitar as dispensas, ou, caso não seja possível, obter um acordo que reduza o seu número, ou que ao menos atenuar os efeitos daquelas que não poderão ser evitadas. Antes e durante a negociação, o empregador tem o dever de fornecer a esses representantes todas as informações necessárias, entre elas uma declaração escrita contendo as causas da dispensa, o número de trabalhadores que serão dispensados, o número total de obreiros normalmente empregados pela empresa e o período de tempo no qual aquela será efetuada.

Uma cópia dessa declaração deve ser encaminhada ao conselho regional do mercado de trabalho, o qual é um comitê tripartite, que assiste o órgão local do Serviço de Emprego. O objetivo é propiciar ao conselho a oportunidade de buscar uma solução para os problemas advindos das dispensas. O empregador também deverá informar-lhe o resultado final da negociação acima referida e os nomes dos obreiros a serem dispensados. Uma cópia dessa comunicação deve ser encaminhada aos representantes dos trabalhadores, que têm direito de submeter ao conselho o seu parecer sobre a questão. As dispensas somente poderão ser efetuadas se decorridos, no mínimo, 30 dias após a primeira comunicação ao conselho, prazo este estendido para 8 semanas se a dispensa será de no mínimo 50% dos trabalhadores de um estabelecimento que ocupa no mínimo 100 obreiros.

Essa lei não impede o empregador de realizar a dispensa quando a considere necessária para o funcionamento apropriado da empresa. Ela, no entanto, permite que a dispensa seja adiada para criar condições para prevenir e atenuar os seus efeitos, sobretudo propiciando-se um novo trabalho aos obreiros⁶⁰⁹.

4.7.5 Proteção especial aos representantes dos empregados

A Lei de Proteção dos Empregados contra a Dispensa por Filiação Sindical, como vimos, proíbe expressamente a dispensa por tal razão. Além disso, a maioria dos contratos coletivos contém disposições detalhadas sobre a proteção dos representantes sindicais no local de trabalho. Do mesmo modo, outros representantes obreiros são protegidos por regras específicas. De fato, o direito de se

⁶⁰⁹ HASSELBALCH, Ole. Denmark. p. 168-170.

sindicalizar e de exercer a atividade sindical é considerado como um pilar do Direito do Trabalho dinamarquês⁶¹⁰.

A instituição de representantes sindicais no local de trabalho tem uma longa tradição no País. As primeiras regras a ela relativas constam de um contrato coletivo da indústria metalúrgica do início do século XX. Atualmente, essas regras estão presentes na maior parte dos contratos coletivos, estabelecendo que tais representantes somente podem ser legitimamente dispensados se existem causas que possam ser consideradas “cogentes”. A contratação coletiva não as define, de modo que cabe à jurisprudência fazê-lo. Assim, a redução do volume de trabalho da empresa não é, em si, uma causa “cogente”. Somente poderá sê-lo caso ela torne necessário dispensar, especificamente, o representante sindical. Este deverá ser o último a ser dispensado em um grupo de trabalhadores que tenham a mesma qualificação na empresa. Há, no entanto, outras causas que legitimam a sua dispensa, relacionadas, por exemplo, ao seu comportamento, como ocorre com qualquer empregado. Seria o caso de ele desrespeitar as regras relativas à segurança no trabalho.

Esse representante faz jus também a um aviso-prévio consideravelmente maior do que um obreiro comum. Muitos contratos coletivos estabelecem que a sua dispensa não pode se concretizar antes que o seu sindicato tenha tido a oportunidade de negociar sobre ela e a sua legalidade e, se necessário, antes de a questão ser decidida por um órgão de arbitragem. Tal regra não se aplica caso a dispensa ocorra em virtude da redução do volume de trabalho da empresa. Se esse órgão arbitral decide que o motivo da dispensa não é válido, pode determinar a reintegração do obreiro ou que este seja indenizado.

As normas sobre a proteção do representante sindical no local de trabalho, acima citadas, são muito eficazes em razão das regras sobre o ônus probatório. A jurisprudência firmou o entendimento de que incumbe ao empregador provar a existência de uma causa cogente para a dispensa. Normalmente, trata-se de uma prova difícil de ser feita, de modo que na maior parte dos casos a decisão é contrária ao empregador. A dispensa de tais representantes é relativamente incomum, pelo forte poder de dissuasão dessas regras⁶¹¹.

A Lei do Ambiente de Trabalho estabelece que deve ser criado nas empresas um organismo para a segurança no trabalho. Aqueles que representam os empregados nesse organismo são conhecidos como representantes para a segurança, sendo eleitos de acordo com as regras aplicáveis para a eleição dos representantes sindicais no local de trabalho. As normas a estes relativas, sobre a proteção contra a

⁶¹⁰ HASSELBALCH, Ole. Denmark. p. 170.

⁶¹¹ HASSELBALCH, Ole. Denmark. p. 175.

dispensa ou contra a modificação lesiva das condições de trabalho, também se aplicam aos representantes para a segurança.

Nos termos das Leis sobre as Sociedades de Responsabilidade Limitada, no setor público e no setor privado, os obreiros dessas sociedades, as quais tenham, nos últimos 3 anos, empregado em média 35 pessoas, têm o direito de eleger um terço (no mínimo dois) dos membros da diretoria e respectivos substitutos. Os membros eleitos pelos obreiros são protegidos contra a dispensa da mesma forma que os representantes para a segurança⁶¹².

4.8 FINLÂNDIA

A Constituição da Finlândia prevê, em seu art. 18, o direito ao trabalho, dispondo também que nenhum empregado poderá ser dispensado sem uma razão juridicamente válida (art. 18, §3º)⁶¹³.

De acordo com a Lei sobre Contratos de Emprego (promulgada em 1970 e substituída pela Lei n. 55, de 2001), a regra é que o contrato de emprego seja por prazo indeterminado, somente podendo ser celebrado a termo em determinadas hipóteses. Deve se fazer presente uma causa que justifique a aposição do prazo, como, por exemplo, na hipótese de substituição temporária de um empregado doente ou em licença-maternidade. Ausente essa causa, considera-se que o contrato é por prazo indeterminado. O contrato de aprendizagem, por sua vez, é sempre a termo⁶¹⁴.

As partes podem estipular no contrato um período de experiência, o qual não pode ser superior a quatro e, em alguns casos, a seis meses⁶¹⁵. Durante esse período, o pacto pode ser cessado por qualquer das partes sem necessidade de motivação ou do aviso-prévio. Todavia, caso a cessação seja devida a uma razão discriminatória ou a outros motivos inapropriados em relação ao objetivo do período de experiência, o empregado tem direito a ser indenizado. Caso as partes não estabeleçam expressamente um período de prova, todas as regras relativas à proteção contra a dispensa imotivada aplicam-se desde o início do contrato⁶¹⁶. Se o contrato coletivo aplicável contém algum dispositivo sobre o período de experiência, o empregador deve informar ao obreiro a aplicação dessa norma quando da conclusão do

⁶¹² HASSELBALCH, Ole. Denmark. p. 177.

⁶¹³ A Constituição finlandesa foi promulgada em 11 de junho de 1999 e entrou em vigor em 1º de março de 2000. Disponível em http://www.servat.unibe.ch/icl/fi00000_.html#C001_>. Acesso em: 14 fev. 2008.

⁶¹⁴ SUVIRANTA, A. J. Finland. *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. v. 6. coord. Roger Blanpain. The Hague: Kluwer Law International, 1999. p. 73.

⁶¹⁵ A duração do contrato de experiência pode ser de 6 meses caso o empregador forneça ao obreiro um treinamento específico, relacionado ao trabalho a ser exercido, durante um período superior a 4 meses. COMISSÃO EUROPÉIA. *Termination of employment relationships*. p. 17.

⁶¹⁶ SUVIRANTA, A. J. Finland. p. 74-75.

contrato individual. Caso não o faça, a expiração desse período não poderá justificar a cessação contratual.

A duração do aviso-prévio é fixada em razão do tempo de serviço, variando do mínimo de 1 mês ao máximo de 6 meses⁶¹⁷. A norma legal é supletiva, de modo que o contrato individual pode fixar uma duração diversa e até mesmo, teoricamente, estabelecer a inexistência do aviso-prévio. Todavia, na prática, os contratos coletivos (notadamente os Acordos Gerais sobre a Proteção do Emprego e Dispensas Coletivas, de 1991) estabeleceram que as partes devem necessariamente observar um período de aviso-prévio⁶¹⁸. A não concessão deste gera para o empregador o dever de pagar ao trabalhador a remuneração correspondente ao período do aviso frustrado. No pedido de demissão, o aviso-prévio a ser concedido pelo obreiro varia de 14 dias a 1 mês, de acordo com o seu tempo de serviço⁶¹⁹.

4.8.1 A necessidade de motivação da dispensa

De acordo com a Lei sobre Contratos de Emprego, o empregado somente pode ser dispensado caso presente uma motivação nela mencionada. As normas aplicáveis são diferentes dependendo se o contrato foi cessado por uma causa relativa à pessoa do empregado (dispensa individual) ou em razão da falta de trabalho (dispensa coletiva). Tais normas são imperativas, sendo nula qualquer estipulação tendente a ampliar o direito do empregador de cessar o contrato. O ônus de provar a presença de um motivo válido para a dispensa é do patrão.

Tais normas aplicam-se aos contratos por prazo indeterminado e, caso não tenha sido estipulado um período de prova, desde o seu início. A dispensa efetuada sem um motivo válido produz os seus efeitos, causando a cessação do contrato, mas gera para o empregado o direito a ser indenizado. O valor dessa compensação, no caso da dispensa individual, varia entre o mínimo de 3 e o máximo de 24 remunerações mensais do trabalhador. Ao empregador, todavia, pode ser dada a chance de optar pela reintegração do obreiro, hipótese em que o valor da indenização é reduzido, podendo ser inferior a 3 remunerações mensais e mesmo inexistente, caso o empregado não tenha sofrido nenhum prejuízo real.

⁶¹⁷ COMISSÃO EUROPÉIA. *Termination of employment relationships*. p. 25.

⁶¹⁸ Cumpre notar que na Finlândia há contratos coletivos, em regra vinculantes para as partes do contrato individual, que prevêm dispositivos de proteção do obreiro contra a dispensa imotivada. COMISSÃO EUROPÉIA. *Termination of employment relationships*. p. 97.

⁶¹⁹ SUVIRANTA, A. J. Finland. p. 74 e 106.

Caso o empregador seja um ente público, no entanto, o obreiro tem direito a continuar trabalhando durante o processo judicial em que contesta a sua dispensa e, se esta for declarada inválida, faz jus à reintegração⁶²⁰.

Os representantes sindicais e os representantes obreiros em geral têm direito a uma proteção mais forte contra a dispensa do que os empregados em geral. Isso se justifica pela posição difícil e delicada em que eles se encontram ao defenderem os interesses dos seus representados frente ao patrão. Este somente tem direito de dispensá-lo por motivos pessoais (dispensa individual) se a maioria dos empregados por ele representados está de acordo. Por outro lado, esse obreiro somente pode ser dispensado por razões econômicas (dispensa coletiva) se o seu trabalho cessa completamente e o empregador não é capaz de oferecer-lhe um outro posto compatível com sua capacidade profissional ou de outro modo adequado, ou de treiná-lo para o exercício de outra função disponível⁶²¹.

Caso o patrão dispense o representante obreiro sem respeitar a proteção especial acima descrita, deve pagar-lhe uma indenização maior do que aquela devida nas hipóteses normais de dispensa imotivada, pois o seu valor máximo corresponde a 30 remunerações mensais, e não a 24 mensalidades.

Cumprir notar que as normas de proteção contra a dispensa aplicam-se a gerentes e diretores, salvo se a respectiva relação de trabalho se enquadra em uma relação de emprego. A opinião majoritária tende a considerar, no entanto, que os altos gerentes não são empregados e, assim, não fazem jus à proteção em comento.

4.8.2 A dispensa individual

A dispensa individual somente é permitida caso presente uma razão especialmente séria. A legislação define essa razão de forma negativa, isto é, elencando hipóteses que não podem configurá-la, a saber: a doença do empregado; a sua participação em uma greve ou outro movimento trabalhista; as suas opiniões políticas, religiosas ou de outro gênero; e a sua participação em atividades públicas ou nas atividades de qualquer associação. Esse elenco legal é apenas exemplificativo, de modo que qualquer outro motivo apresentado pelo empregador somente justifica a dispensa se for especialmente sério. O elenco demonstra que a razão pode estar relacionada com a capacidade ou com a conduta do empregado⁶²².

⁶²⁰ COMISSÃO EUROPÉIA. *Termination of employment relationships*. p. 71.

⁶²¹ COMISSÃO EUROPÉIA. *Termination of employment relationships*. p. 50.

⁶²² SUVIRANTA, A. J. Finland. p. 107.

Antes de efetuar a dispensa, deve-se conceder ao obreiro a oportunidade de ser ouvido sobre as razões que a motivam, podendo ser acompanhado por um assistente quando for se defender. Caso o trabalhador o requeira, o empregador deve apresentar-lhe por escrito as razões da dispensa e o dia em que o contrato será cessado. Esse mesmo procedimento deve ser observado pelo patrão no caso de resolução do contrato por justa causa, a qual veremos abaixo. Ulteriores exigências formais podem ser estabelecidas pela contratação coletiva (v.g., a possibilidade de o empregado recorrer ao representante sindical para que este negocie com o empregador antes que este proceda à dispensa). Frequentemente, as próprias empresas estabelecem procedimentos a serem seguidos antes da dispensa⁶²³.

No caso de justa causa empresarial, o empregado, antes de resolver o contrato, deve conceder ao empregador a oportunidade de ser ouvido, mas nenhum acordo pode estabelecer outras exigências além desta. Do mesmo modo, o direito do empregador - mas não aquele do empregado - de resolver o contrato por justa causa pode ser reduzido por acordo. O prazo prescricional para se questionar judicialmente a dispensa é de dois anos, contados da data da cessação do pacto empregatício.

O contrato, celebrado por prazo determinado ou indeterminado, pode ser resolvido por qualquer das partes se presente uma justa causa. Nesse caso, a resolução contratual produz efeitos imediatos, não sendo devido o aviso-prévio. A justa causa é definida como “qualquer omissão ou comportamento de uma das partes, ou qualquer mudança de condições concernentes aos riscos dessa parte, em virtude da qual não se possa razoavelmente exigir que a outra parte prossiga com a relação de emprego”⁶²⁴. Assim, a justa causa obreira configura-se quando o trabalhador viola ou negligencia obrigações advindas do contrato de emprego ou da lei, o que deve ter um impacto essencial na relação de trabalho, de maneira tão séria que seja irrazoável exigir que o empregador prossiga com a relação contratual, mesmo que apenas pelo período do aviso-prévio⁶²⁵.

A constatação ulterior da inexistência da justa causa não invalida a cessação contratual, mas pode gerar para a parte prejudicada o direito a ser indenizada pelas perdas e danos sofridos. No caso da resolução pelo empregador, se o motivo alegado, além de não configurar uma justa causa, não consistir também em um justificado motivo que legitime a dispensa, o obreiro tem direito, ainda, de receber a indenização devida pela dispensa individual imotivada, acima referida.

No caso de o motivo da dispensa for uma causa relativa à pessoa do empregado diversa da justa causa (v.g., capacidade profissional), o juiz, ao julgar a sua validade, deverá avaliar se o empregador

⁶²³ A desobediência pelo empregador das citadas formalidades pode levar à majoração da indenização devida no caso de dispensa imotivada. COMISSÃO EUROPÉIA. *Termination of employment relationships*. p. 62.

⁶²⁴ SUVIRANTA, A. J. Finland. p. 111. Tradução nossa.

⁶²⁵ COMISSÃO EUROPÉIA. *Termination of employment relationships*. p. 43.

realmente buscou soluções alternativas à dispensa para resolver o problema. A Lei sobre Contratos de Emprego prevê expressamente que doença, deficiência ou acidente que afete o empregado não pode ser considerado uma razão válida para a dispensa, salvo se a sua capacidade laborativa foi substancialmente reduzida por um período tão longo que torne irrazoável exigir que o empregador prossiga com a relação. Assim, é condição para a validade da dispensa que a incapacidade laborativa seja duradoura, prolongando-se, em regra, por ao menos 1 ano. No setor público, para que esse tipo de dispensa seja válida é necessário que o empregado tenha direito a uma pensão por invalidez⁶²⁶.

4.8.3 A dispensa coletiva

A dispensa coletiva somente é permitida caso tenha ocorrido uma redução do trabalho por razões econômicas, produtivas ou assemelhadas, que seja essencial, relevante e duradoura. Além disso, deve-se provar que o empregado, considerando a sua habilidade e capacidade profissionais, não pode ser razoavelmente colocado em outro posto ou treinado para o exercício de novas tarefas. É dever do empregador oferecer outro posto de trabalho quando um treinamento apropriado e a experiência adequada possam capacitar o trabalhador, - detentor da educação pertinente, habilidades e experiência gerais -, para exercê-lo.

A dispensa coletiva configura-se quando, em virtude das razões acima citadas, o patrão que empregue no mínimo 20 obreiros irá despedir ao menos 10 trabalhadores. Ele deve informar por escrito e consultar previamente os representantes dos trabalhadores, com o objetivo de obter um acordo, acerca da possibilidade de evitar ou reduzir as dispensas e, em relação àquelas que forem realmente necessárias, atenuar os seus efeitos negativos. O patrão deve também notificar por escrito a autoridade administrativa. A dispensa efetuada sem um motivo válido gera para o obreiro o direito a uma indenização, cujo valor máximo é fixado em 24 remunerações mensais. O desrespeito aos citados procedimentos gera para o empregador o dever de pagar uma multa⁶²⁷.

A legislação estabelece também uma lista exemplificativa de hipóteses que não podem ser consideradas como justificativa válida para a dispensa. Tal lista refere-se, essencialmente, a situações em que o motivo econômico ou produtivo não constitui uma razão suficiente ou, na verdade, está simulando uma verdadeira dispensa individual. Não se configura uma razão válida se o empregador contrata alguém para exercer funções semelhantes, antes ou depois de conceder o aviso-prévio ao

⁶²⁶ COMISSÃO EUROPÉIA. *Termination of employment relationships*. p. 75-76.

⁶²⁷ COMISSÃO EUROPÉIA. *Termination of employment relationships*. p. 87-88, 93 e 96.

obreiro, ou se a operação de reorganização não causou nenhuma queda real no volume de trabalho na empresa⁶²⁸.

A Lei sobre Contratos de Emprego prevê também o denominado procedimento de reorganização. Segundo este, o empregador pode proceder à dispensa mediante um aviso-prévio de 2 meses, independentemente do tempo de serviço do obreiro, caso: ela decorra de uma medida que deva ser adotada durante um procedimento de reorganização, necessário para evitar a falência, que cause a cessação ou o decréscimo do trabalho; a dispensa decorra de um procedimento em conformidade com um plano de reorganização, que cause a cessação do trabalho; ou decorra de uma medida em conformidade com o referido plano, a qual é atribuída a razões financeiras neste estabelecidas e exija uma redução do pessoal.

Em empresas com mais de 30 empregados (ou mais de 20 empregados, no caso de dispensa coletiva), o patrão é obrigado a informar, consultar e negociar com os representantes dos obreiros. Trata-se do denominado procedimento de cooperação, o qual é obrigatório nos termos da Lei sobre a Cooperação nos Empreendimentos (Lei n. 725, de 1978). Antes que o empregador tome uma decisão sobre matérias como o fechamento da empresa, a sua transferência de local, ou conseqüentes “lay-offs” ou dispensas, ele deve negociar com os trabalhadores envolvidos ou seus representantes as razões que motivam a medida que ele visa adotar, os seus efeitos e possíveis alternativas.

Segundo o referido diploma, caso a questão, deliberadamente ou por grave negligência, tenha sido resolvida sem observar o procedimento de cooperação nele previsto e o contrato do empregado foi reduzido para tempo parcial ou ele foi dispensado ou afetado por um “lay-off”, por razões relacionadas àquela questão, ele tem direito a uma indenização cujo valor máximo corresponde a 20 remunerações mensais.

Cumprir notar que o descumprimento do procedimento de cooperação pelo empregador, por si só, é sancionado com uma multa de natureza penal. Apenas se esse descumprimento tenha alterado seriamente a posição do empregado é que este faz jus à citada indenização. Esta pode ser cumulada com a indenização relativa à dispensa coletiva efetuada sem um motivo válido, acima referida. O empregado afetado por uma dispensa coletiva tem direito de prioridade na readmissão, caso o empregador proceda à contratação de pessoal para funções similares nos nove meses seguintes à dispensa.

⁶²⁸ COMISSÃO EUROPÉIA. *Termination of employment relationships*. p. 81.

4.9 INGLATERRA

Ao analisar a disciplina do Direito inglês sobre a dispensa imotivada, a respectiva doutrina afirma que ela se baseia em dois princípios-chave: a dignidade e a autonomia. O direito do empregado em ser tratado com dignidade exige que a decisão do empregador tenha uma base racional. A dispensa não dotada dessa base viola a dignidade do trabalhador pois evidencia que ele se encontra à mercê dos caprichos empresariais. A exigência de um motivo razoável ajuda também a evitar as dispensas por razões ilícitas (v.g., ocasionada pela orientação sexual do obreiro ou pela exigência do seu direito ao salário-mínimo). Evita, ainda, as dispensas nas quais o empregador, embora motivado por uma razão potencialmente legítima, não investigou as circunstâncias do caso adequadamente. Com efeito, caso seja atribuída ao empregado uma falta, a sua dignidade somente é respeitada se o patrão investiga a acusação e lhe concede a oportunidade de se defender.

O segundo princípio consiste na autonomia do empregado. Considerando que o trabalho é o modo por excelência por meio do qual a grande maioria das pessoas obtém a sua sobrevivência e um sentido para a sua vida, o empregador tem a obrigação de respeitar tal direito, caso ele não comprometa o funcionamento da empresa. Trata-se do respeito do empregado como um indivíduo autônomo, que deve ser capaz de planejar a sua vida⁶²⁹.

Nos diversos países, os trabalhadores buscam idealizar e concretizar mecanismos de proteção contra a dispensa imotivada, os quais variam de acordo com cada realidade. Na Inglaterra, um estudo realizado na década de 1960 revela que os mecanismos principais de atuação dessa proteção não eram instituições formais, como a lei e o contrato coletivo, mas, sim, as greves não oficiais, isto é, não organizadas pelos sindicatos, também denominadas “selvagens” (“wildcat strikes”). Estas eram “um método comum de assegurar a reintegração dos trabalhadores dispensados”. Todavia, nas últimas décadas, houve grandes mudanças no País, inclusive por influência do Direito comunitário, de modo que atualmente o principal mecanismo é a lei, embora a contratação coletiva e a greve a complementem⁶³⁰.

4.9.1 Dispensa ilegítima: motivo incorreto ou motivo injusto

⁶²⁹ DAVIES, Anne C. L. *Perspectives on Labour Law*. p. 162-163.

⁶³⁰ HEPPLER, Bob. *Flexibility and Security of Employment*. p. 280.

O Direito inglês prevê dois tipos de ação ao trabalhador dispensado: uma baseada na dispensa incorreta (“wrongful dismissal”), a outra na dispensa injusta (“unfair dismissal”). No primeiro caso, o empregado alega uma violação do contrato de trabalho pelo patrão. Um exemplo é quando o pacto estabelece que o obreiro tem direito a um aviso-prévio de 1 mês e o empregador não o cumpre ao dispensá-lo. No segundo caso, o empregado alega o descumprimento das exigências relativas à dispensa estabelecidas na Lei dos Direitos no Emprego (“Employment Rights Act”), de 1996, e na Lei do Emprego (“Employment Act”), de 2002. Tais diplomas prevêem as razões que podem motivar a dispensa e o procedimento que o empregador deve adotar antes de efetuar a dispensa, buscando estabelecer um equilíbrio entre os interesses do empregado e do empregador⁶³¹.

O “Employment Rights Act”, de 1996, prevê que “um empregado tem o direito de não ser injustamente dispensado por seu empregador”. Na maioria dos casos, o obreiro, para fazer jus a essa proteção, deve ter trabalhado por no mínimo 1 ano. A exceção é o caso da dispensa por motivo considerado ilícito em quaisquer circunstâncias (v.g., gravidez).

Pode-se diferenciar os motivos injustos em automaticamente injustos e potencialmente injustos. Os primeiros são aqueles que em circunstância alguma podem ser invocados pelo empregador. São exemplos: a dispensa por razão discriminatória; em virtude de gravidez ou licença-maternidade; participação em atividades sindicais ou como representante dos trabalhadores; a exigência do respeito de um direito, como o salário-mínimo. Tais motivos deixam claro o papel da proteção contra a dispensa imotivada para a garantia de outros direitos fundamentais. Com efeito, de nada adiantaria garantir tais direitos caso se permitisse a dispensa do empregado que exigisse o seu cumprimento⁶³².

Os motivos potencialmente injustos são aqueles que podem ser invocados pelo empregador caso comprove que tenha agido razoavelmente ao dispensar o empregado por tal razão. A lei estabelece quatro hipóteses: a conduta do obreiro, a sua capacidade, a redundância (necessidade de redução da força de trabalho) e “outra razão substancial” que possa justificar a dispensa do obreiro.

O “Employment Rights Act” estabelece o prazo mínimo do aviso-prévio a ser concedido pelo patrão. O obreiro cujo tempo de serviço varia entre 1 mês e 2 anos tem direito a um aviso-prévio de 1 semana. Este é ampliado gradativamente, de acordo com a antiguidade, até alcançar 12 semanas, no caso do empregado que tenha trabalhado por no mínimo 12 anos. O contrato individual pode

⁶³¹ Argumenta-se, todavia, que, na busca desse equilíbrio, o legislador inglês acabou atribuindo considerável importância ao argumento de que as normas que limitam a dispensa impõem custos ao empregador. A Lei de 2002, em especial, foi inspirada pelo objetivo do Governo Blair de reduzir o número de controvérsias relativas à dispensa imotivada, as quais constituem cerca de um terço de todas as ações. In DAVIES, Anne C. L. *Perspectives on Labour Law*. p. 163.

⁶³² DAVIES, Anne C. L. *Perspectives on Labour Law*. p. 165.

estabelecer prazos superiores, mas não inferiores, aos mínimos legais. O patrão não está obrigado a conceder o aviso quando a dispensa for motivada por séria violação do contrato pelo obreiro (“gross misconduct”), como na hipótese de um vendedor ser flagrado furtando dinheiro do caixa da loja.

No caso de o empregador dispensar o trabalhador sem conceder o aviso-prévio previsto contratualmente, quando este é devido, trata-se de uma dispensa por motivo incorreto, como vimos. Esta também se configura quando o contrato estabelece que o obreiro apenas pode ser despedido após a realização de um determinado procedimento e o patrão não o cumpre.

O “Employment Act”, de 2002, estabeleceu um procedimento mínimo que o patrão deve seguir antes de efetuar a dispensa (independentemente de sua previsão expressa no contrato individual). O desrespeito a tais dispositivos ocasiona a dispensa injusta. Observa-se, no entanto, que mesmo antes da promulgação dessa lei, a jurisprudência já havia firmado o entendimento de que o patrão deveria sempre seguir um procedimento mínimo antes de realizar a dispensa, sob pena de estar sendo tida como injusta.

De acordo com esse diploma, o patrão deve informar ao empregado a sua intenção de dispensá-lo, marcar uma reunião para discutir a questão e permitir que o obreiro possa contestar a sua decisão inicial. Caso o empregador não siga esse procedimento disciplinar, a dispensa é considerada automaticamente injusta.

4.9.2 As sanções relacionadas à dispensa ilegítima

A sanção estabelecida por uma ordem jurídica para a dispensa incorreta ou injusta é um indicador por excelência do valor e da importância atribuídos aos direitos do empregado. Assim, caso uma indenização consideravelmente alta seja prevista quando a dignidade do empregado for violada, isso pode ser visto como uma clara condenação do comportamento empresarial pela sociedade. Uma sanção considerável cumpre, ainda, o papel de dissuadir o patrão de dispensar imotivadamente. Por isso, parte da doutrina defende que as sanções à dispensa ilegítima deveriam ser reforçadas no Direito inglês⁶³³.

As sanções para a dispensa incorreta são aquelas previstas pelo Direito dos contratos. Por exemplo, se o empregado foi dispensado sem a concessão do aviso-prévio previsto no pacto, ele tem direito ao pagamento dos salários correspondentes ao período do aviso frustrado. Para aumentar o valor

⁶³³ DAVIES, Anne C. L. *Perspectives on Labour Law*. p. 168.

da indenização, uma alternativa para o obreiro é recorrer a um instituto da “common law”: a alegação da violação da “confiança mútua” (“breach of mutual trust and confidence”). Esta consiste na exigência de que ambas as partes ajam de modo a preservar a confiança recíproca, que se encontra implicitamente presente em todo contrato de emprego, de acordo com a jurisprudência. Entre outras coisas, esse instituto proíbe um comportamento arbitrário por parte do empregador⁶³⁴.

Como vimos, alguns contratos de trabalho prevêem expressamente que o empregador deve seguir um determinado procedimento antes de efetuar a dispensa. Nesse caso, o empregado conta com sanções vantajosas previstas pela “common law”. Primeiramente, ele pode requerer uma indenização adicional caso o empregador tenha desrespeitado o procedimento disciplinar contratualmente previsto. Além disso, pode obter uma decisão judicial (“injunction”) que ordene ao empregador a realização desse procedimento. O obreiro deve agir com celeridade para demonstrar que ele não aceitou a violação contratual pelo patrão e que, portanto, o contrato continua em vigor. Ao compelir o empregador à efetivação do procedimento disciplinar, o trabalhador não apenas faz jus ao recebimento dos salários relativos a esse período, como também tem a oportunidade de demonstrar que não existe uma razão legítima para a sua dispensa. Trata-se de forte proteção ao direito do empregado – que tem fundamento na sua dignidade - de ter a questão da sua dispensa considerada cuidadosamente pelo patrão.

Como vimos, o “Employment Act” veio a exigir o respeito de um procedimento disciplinar mínimo anterior à dispensa para todos os casos, independentemente de previsão contratual expressa. Espera-se que a jurisprudência venha a firmar o entendimento de que os mencionados remédios da “common law” (a indenização adicional e a ordem judicial) possam ser invocados em todos os casos, para conferir uma proteção mais efetiva.

No caso da dispensa injusta, a decisão judicial que a reconhece pode ordenar a reintegração ou a indenização. O “Employment Rights Act” menciona expressamente a possibilidade de o empregado ser reintegrado no seu posto de trabalho ou readmitido pelo empregador para ocupar um posto semelhante. Na prática, no entanto, a reintegração é ordenada apenas em uma pequena parcela dos casos⁶³⁵. Alguns autores afirmam que esta é uma das principais falhas do sistema inglês, pois se observa uma grande tendência entre os juízes de considerar que a reintegração não é aconselhável no caso concreto, determinando, assim, a sua substituição pela indenização, como previsto pela referida lei. Além disso, mesmo quando o juiz determina a reintegração, o seu descumprimento pelo empregador, nos termos da

⁶³⁴ DAVIES, Anne C. L. *Perspectives on Labour Law*. p. 169.

⁶³⁵ No período de 2002 a 2003, a reintegração somente foi determinada em 16 de um total de 4158 ações julgadas a favor do empregado, conforme revelado pelo “Annual Report and Accounts 2002-3” do “Employment Tribunals Services”. In DAVIES, Anne C. L. *Perspectives on Labour Law*. p. 170.

lei, gera apenas o dever de pagar uma indenização adicional cujo valor não é suficiente para servir de coerção indireta ao patrão.

O juiz pode, assim, determinar o pagamento de uma indenização ao invés da reintegração. Aquela é constituída, nos termos da lei, por dois elementos: a indenização básica e a compensatória. A primeira é calculada usando uma fórmula que considera a idade do demandante, o seu tempo de serviço e o seu salário semanal médio (até o limite máximo de 270 libras esterlinas por semana). O valor máximo dessa primeira parcela é 8100 libras. A indenização compensatória, por sua vez, consiste em uma soma que o juiz considera justa, a qual em geral tem como limite máximo 55.000 libras. O seu objetivo é compensar o empregado, e não punir o empregador, de modo que, para a sua determinação, o juiz costuma considerar os danos sofridos pelo obreiro⁶³⁶.

Em alguns casos, o juiz pode condenar o empregador ao pagamento de indenizações consideravelmente mais altas em virtude da gravidade do seu comportamento. Assim, o limite máximo da indenização compensatória não se aplica em hipóteses de discriminação (v.g., em razão do sexo ou da raça). Quando a dispensa tiver sido motivada pela atividade sindical do obreiro ou pela sua atuação como representante dos trabalhadores, uma indenização básica mínima de 3600 libras deve ser paga, independentemente do seu tempo de serviço, como estabelecido, respectivamente, no “Trade Union and Labour Relations Consolidation Act”, de 1996, e no “Employment Rights Act”. Além disso, quando o empregador não tiver cumprido o procedimento disciplinar anterior à dispensa, acima visto, a indenização devida ao obreiro deve ser aumentada em 10% e pode ser acrescida em até 50%, salvo em circunstâncias excepcionais.

No caso de dispensa por motivo de redundância (necessidade de redução da força de trabalho por razões ligadas à empresa), mesmo que este seja legítimo, o obreiro tem direito a uma indenização. Esta é calculada da mesma forma que a indenização básica devida na dispensa injusta, acima explicitada, como determina o “Employment Rights Act”. É uma forma de reconhecer ao obreiro que uma dispensa por redundância, mesmo que justificada, não se deve a uma falta sua. Todavia, é questionável se a indenização é suficiente para cumprir esse papel, considerando o patamar relativamente baixo para a sua fixação⁶³⁷.

4.9.3 Dispensa por motivo de redundância

⁶³⁶ Conforme determinado pelo “Employment Relations Act”, de 1999, os valores usados no cálculo dessas indenizações devem ser ajustados uma vez por ano pelo Secretário de Estado de acordo com o índice dos preços ao varejo. *In* DAVIES, Anne C. L. *Perspectives on Labour Law*. p. 170.

⁶³⁷ DAVIES, Anne C. L. *Perspectives on Labour Law*. p. 171-172.

As indenizações relativas à dispensa por motivo de redundância foram introduzidas pelo “Redundancy Payments Act”, de 1965, como o primeiro dos direitos trabalhistas substanciais e individuais assegurados por diplomas legais no País, cujo sistema jurídico, como é notório, é de tradição de “common law”. Embora esse diploma tenha sido incorporado pelo “Employment Rights Act”, de 1996, a sua regulamentação original permanece intacta, assegurando ao empregado o pagamento de uma indenização para mantê-lo no duro e incerto período seguinte à dispensa. O seu valor aumenta com o tempo de serviço na empresa, o que ocorre também com a indenização pela dispensa injusta, como vimos. Ela não é devida se o empregado recusa imotivadamente uma alternativa viável de emprego oferecida pelo patrão, por seu sucessor ou por um empregador a ele associado.

É importante notar que cerca de 250.000 pessoas recebem essa indenização por ano. Anteriormente havia um mecanismo legal por meio do qual o patrão poderia obter a restituição dos valores pagos de um fundo (“Redundancy Fund”), formado pelas contribuições dos empregadores ao Seguro Nacional. Todavia, esse mecanismo foi revogado pelo art. 17 do “Employment Act”, de 1989⁶³⁸.

Quanto à razão de ser do pagamento dessa indenização, várias justificativas foram apresentadas. O Presidente do Tribunal Industrial, por exemplo, no caso “Wynes v. Southepps Hall Broiler Farm Ltd.”, em 1968, observou que: “assim como o proprietário tem um direito sobre a sua propriedade quando dela é privado, tendo direito a uma compensação, um empregado com certa antiguidade em seu serviço tem um direito de propriedade sobre o seu trabalho, ele tem o direito à segurança deste e os seus direitos aumentam de valor com o passar dos anos”⁶³⁹.

Outros autores enxergam o motivo dessa indenização na mistura do ideal de segurança do trabalho com a distribuição da perda econômica quando esta é mais sustentável e justificada. Nesse sentido, COLLIN observa que:

“Nós não podemos mais permitir a cessação casual da relação de emprego como nós toleramos o divórcio impulsivo ou a desapropriação caprichosa. Uma sociedade progressista não se move do contrato ao *status*, mas do contrato à confiança; isto é, ao reconhecimento de um dever de levar em conta os interesses do outro. Correlato ao dever do empregador de respeitar os interesses do empregado é o direito à segurança do emprego. Esse direito é análogo a um interesse equitativo, defendido por um remédio específico consistente na reintegração contra a dispensa irrazoável, mas corresponde meramente à

⁶³⁸ HONEYBALL, Simon. BOWERS, John. *Textbook on Labour Law*. 8ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 197.

⁶³⁹ HONEYBALL, Simon. BOWERS, John. *Textbook on Labour Law*. p. 197. Tradução nossa.

indenização quando a dispensa resulta de exigências econômicas. Quem deve pagar essa indenização? Ela deve ser paga por aquelas pessoas que se beneficiam da reorganização empresarial, pois, caso contrário, elas seriam enriquecidas injustamente. Em primeiro lugar, isso inclui os empregadores como agentes dos proprietários do capital, que esperam obter grandes lucros ou reduzir as perdas. Frequentemente, no entanto, a reorganização empresarial também gera benefícios para a sociedade como um todo, pois a produção mais eficiente propicia mercadorias e serviços mais baratos para o consumidor doméstico e vantagens competitivas no mercado internacional. A redundância de um homem é a redução de preço de outro homem. Logo, parte da indenização deve ser paga pela tributação geral”⁶⁴⁰.

Nos termos do art. 139, §1º, do “Employment Rights Act”, um empregado é dispensado por motivo de redundância quando a dispensa pode ser atribuída, inteira ou principalmente: ao fato de que o empregador encerrou, ou pretende encerrar, a parte do negócio para a qual o obreiro foi contratado, ou encerrou, ou pretende encerrar, esse negócio no local onde o empregado foi contratado; ao fato de que as demandas do negócio relativas à função específica desempenhada pelo obreiro ou por ele exercida no local onde trabalha cessaram ou diminuíram ou se pretende cessar ou diminuir. O empregado somente tem direito ao pagamento da indenização se prestou serviços continuamente por um período não inferior a dois anos, nos termos do art. 155 do referido diploma.

O valor da indenização é calculado com base na remuneração semanal do obreiro (arts. 220 a 229 do mesmo diploma). Deve-se multiplicar o valor dessa remuneração por um índice que depende da idade do empregado, sendo 1 ½ por cada ano de serviço no qual ele tinha 41 anos ou mais, 1 por cada ano no qual ele tinha entre 22 e 40 anos e ½ por cada ano em que ele tinha entre 18 e 21 anos. O valor máximo que pode ser pago é, assim, de 30 semanas, o qual é devido quando o obreiro tenha trabalhado por 20 anos continuamente, tendo mais de 40 anos. O valor da remuneração semanal utilizado para esse cálculo, assim como aquele usado para calcular a indenização básica no caso de dispensa injusta, tem o seu teto máximo fixado pela lei, o qual, em 2004, era de 260 libras por semana. Ele deve ser reajustado anualmente pelo Secretário de Estado em consonância com o índice de preços ao varejo. Esse limite máximo, obviamente, acaba reduzindo o valor da indenização que, caso ele não existisse, seria paga a grande parcela dos obreiros.

Nos termos do art. 188, §2º, do “Trade Union Labour Relations (Consolidation) Act”, de 1992, como originariamente promulgado, o mais importante dever de um empregador quando pretendia dispensar por motivo de redundância era iniciar um procedimento de consulta aos sindicatos “na

⁶⁴⁰ COLLIN, 14 ILJ 61, 1985 *apud* HONEYBALL, Simon. BOWERS, John. *Textbook on Labour Law*. p. 198. Tradução nossa.

primeira oportunidade”. Todavia, o “Collective Redundancies and Transfer of Undertakings (Protection of Employment) (Amendment) Regulations”, de 1995, estabeleceu que essa consulta “deve começar em boa hora”, tratando-se, assim, de um preceito legal menos exato. Ela deve obrigatoriamente ser realizada, mesmo que o empregador acredite que tal procedimento não irá alterar a sua decisão final e mesmo que os empregados envolvidos não sejam membros do sindicato a ser consultado. Ela deve ser iniciada quando o empregador proponha realizar a dispensa, o que significa que ele tem que já ter formado alguma opinião sobre o número de empregados a serem dispensados, quando isso irá ocorrer e como será feito⁶⁴¹.

Como decidido pelo “Employment Appeal Tribunal”, no caso “National Union of Teachers v. Avon County Council”, em 1978, a consulta deve ser feita antes de as dispensas serem comunicadas aos empregados, para que o sindicato possa realmente analisar a proposta empresarial. De fato, no caso “Transport and General Workers’ Union v. Ledbury Preserves (1928) Ltd.”, de 1985, as dispensas foram comunicadas meia hora após uma reunião com os representantes sindicais na qual a proposta patronal foi expressa pela primeira vez. O Tribunal decidiu que não tinha sido realizada uma verdadeira consulta.

O “Trade Union Labour Relations (Consolidation) Act”, no art. 188, §2º, estabelece prazos mínimos para a duração dessa consulta: quando se pretenda dispensar 100 ou mais empregados em um estabelecimento, em um período igual ou inferior a 90 dias, a consulta deve durar, no mínimo, 90 dias; deve durar ao menos 30 dias quando se pretenda dispensar entre 20 e 99 empregados no período de 30 dias. O Secretário de Estado para o Trabalho e as Aposentadorias tem poder para alterar esses prazos (art. 197, §1º), desde que não os reduza para menos de 30 dias. O “Collective Redundancies and Transfer of Undertakings (Protection of Employment) (Amendment) Regulations” exclui a configuração da redundância coletiva (e a observância dos procedimentos e exigências correlatos) caso o número de empregados a serem dispensados seja menor do que 20. Devem ser incluídos no cômputo todos os obreiros que se pretenda dispensar, inclusive aqueles que não têm direito à percepção da indenização, como os que têm menos de 2 anos de serviço.

De acordo com o art. 188, §6º, do “Trade Union Labour Relations (Consolidation) Act”, a consulta deve versar sobre os possíveis meios de: evitar as dispensas; reduzir o número de empregados

⁶⁴¹ A exigência de realizar a consulta apenas a partir do momento em que o empregador “propõe” a dispensa contraria a Diretiva comunitária n. 59, de 1998, a qual se refere ao momento em que o empregador está “analisando” a redundância de pessoal. Esse momento, portanto, pode ser bem anterior àquele mencionado pela lei inglesa. O “Employment Appeal Tribunal” inglês, no entanto, decidiu que a lei não pode ser interpretada de acordo com a Diretiva, de modo que essa última foi descumprida pelo Reino Unido. COLLIN, 14 ILJ 61, 1985 *apud* HONEYBALL, Simon. BOWERS, John. *Textbook on Labour Law*. p. 220.

a serem dispensados; mitigar as suas conseqüências. O empregador deve realizá-la “com o objetivo de obter um acordo com os representantes sindicais”, devendo informar-lhes por escrito, no início do procedimento, a razão da dispensa, o número, embora não o nome, dos obreiros a serem dispensados, o número total de trabalhadores empregados e o método de seleção proposto. Deve, ainda, informar o aviso-prévio que se pretende conceder e se irá ser aumentado o valor das indenizações devidas⁶⁴².

No caso de o empregador não cumprir os procedimentos e exigências acima explicitados, a sanção aplicada é a denominada “indenização de proteção” (art. 189, §3º, da mesma lei). Ela somente pode ser cobrada pelo sindicato ou por um representante eleito pelos empregados, em um “Employment Tribunal”, mas o seu valor pertence ao obreiro dispensado. Trata-se do seu direito de “ser pago pelo empregador no período de proteção” (art. 190, §1º). Esse valor deve ser “justo e equitativo em qualquer circunstância tendo em conta a seriedade da falta empresarial” (art. 189, §4º), mas, de todo modo, não pode superar 90 dias de remuneração⁶⁴³.

Considera-se que o empregador não tem que justificar, em uma eventual ação judicial, a sua declaração de redundância, a não ser que ela seja obviamente irreal, como decidido no caso “H. Goodwin v. Fitzmaurice”, de 1977. No caso “Moon v. Homeworthy Furniture (Northern) Ltd.”, de 1977, os empregados alegavam que não havia verdadeira redundância porque a fábrica onde trabalhavam ainda era economicamente viável. A Corte, considerando que, se tivesse que decidir questões como essa, acabaria sendo utilizada como um fórum de disputas industriais, decidiu que “não poderia investigar os acertos e defeitos da redundância declarada”. Isso contrasta com a decisão da Corte de Apelação, no caso “James W. Cook & Co. (Wivenhoe) v. Tipper”, de 1990, segundo a qual, para determinar a indenização pela dispensa imotivada, o juiz pode considerar a genuinidade do encerramento do estabelecimento empresarial. De fato, “é difícil entender por que esse aspecto não deve ser considerado para determinar se a dispensa em si mesmo foi injusta”⁶⁴⁴.

De fato, a maneira como os Tribunais devem abordar a questão da razoabilidade no caso da redundância, mencionada pelo 98, §4º, do “Employment Rights Act”, nunca deixou de ser altamente controversa. No caso “Williams v. Compair Maxam”, de 1982, o “Employment Appeal Tribunal”

⁶⁴² HONEYBALL, Simon. BOWERS, John. *Textbook on Labour Law*. p. 222.

⁶⁴³ A primeira orientação jurisprudencial acerca do valor dessa indenização foi dada no caso “Talke Fashions Ltd. v. Amalgamated Society of Textile Workers and Kindred Trades”, de 1977, no qual o “Employment Appeal Tribunal” declarou que ela não tinha natureza penal e que os tribunais deveriam considerar a perda sofrida pelos empregados e a gravidade da conduta patronal. No caso “Barratt Developments (Bradford) Ltd. v. UCATT”, de 1978, o Tribunal declarou que o montante apropriado era “o valor em dinheiro que, seja por meio dos salários, seja no lugar do aviso-prévio, o empregado teria recebido se os procedimentos de consulta apropriados, requeridos pela Lei, tivessem sido observados”. HONEYBALL, Simon. BOWERS, John. *Textbook on Labour Law*. p. 224. Tradução nossa.

⁶⁴⁴ HONEYBALL, Simon. BOWERS, John. *Textbook on Labour Law*. p. 167. Tradução nossa.

estabeleceu diretrizes para a boa prática empresarial na caso de redundância. O Tribunal averiguou se haviam sido escolhidos e devidamente aplicados critérios de seleção objetivos, se a possibilidade de transferência a outra função tinha sido realmente considerada, se os empregados foram avisados e consultados e se o sindicato foi consultado sobre a maneira mais eqüitativa de resolver o problema da redundância. No caso “Cox v. Wildt Mellor Bromley Ltd.”, de 1978, o mesmo Tribunal afirmou que o empregador deve “mostrar como o empregado veio a ser dispensado por redundância, sobre qual base a seleção foi feita e como esta foi aplicada na prática”⁶⁴⁵.

Por fim, importa observar que, nos termos do art. 8º, §1º, do “Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations”, de 1981, uma dispensa é automaticamente injusta se a transferência ou uma razão a ela conexa é o seu motivo principal. A única saída para o empregador é se esse último for “uma razão econômica, técnica ou organizacional que gerou mudanças na força de trabalho do sucedido ou do sucessor, antes ou depois de uma transferência relevante” (art. 8º, §2º). Nesse caso, faz-se presente uma razão substancial que justifica a dispensa por motivo de redundância⁶⁴⁶.

4.10 ESTADOS UNIDOS

4.10.1 Evolução histórica da proteção contra a dispensa imotivada e a negociação coletiva

Nos Estados Unidos (EUA), originariamente não havia um sistema de proteção do empregado contra a dispensa imotivada. Como herança da “common law” inglesa (“master and servant relationship”), as relações de trabalho eram consideradas uma questão hierárquica de “status”, com obrigações para cada uma das partes. Tratava-se de claro resquício feudal. O patrão devia prover as necessidades fundamentais do trabalhador e tinha o direito de ditar os termos e obrigações da relação; o obreiro, por sua vez, devia ser completamente fiel àquele e cumprir os deveres por ele ditados⁶⁴⁷.

Assim, aos olhos da lei, o contrato de trabalho era considerado uma categoria contratual especial, com regras e presunções próprias ligadas às noções (derivadas da concepção de “master-servant”) de obediência por parte do obreiro e de direito ilimitado de controle pelo patrão.

⁶⁴⁵ HONEYBALL, Simon. BOWERS, John. *Textbook on Labour Law*. p. 168-169. Tradução nossa.

⁶⁴⁶ HONEYBALL, Simon. BOWERS, John. *Textbook on Labour Law*. p. 152. Tradução nossa.

⁶⁴⁷ FINLEY, Lucinda M. La tutela dei lavoratori negli Stati Uniti fra “statutes” e “common law”. *Lavoro subordinato e dintorni*. coord. Marcelo Pedrazzoli. Bolonha: Il Mulino, 1989. p. 239.

Todavia, a partir da segunda metade do século XIX, no período conhecido como “a época de triunfo do contrato”, as Cortes norte-americanas buscaram levar a noção de liberdade contratual ao Direito do Trabalho. A idéia de que o contrato de trabalho consiste em uma troca, voluntária e recíproca, entre dois indivíduos iguais, foi invocada freqüentemente pelas Cortes, no início do século XX, para barrar as iniciativas legislativas que visavam melhorar as condições dos trabalhadores. Ilustrativamente, no caso “Lochnër v. New York”, em 1905, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei que limitava a jornada máxima de trabalho dos padeiros a dez horas por dia⁶⁴⁸.

Essa ausência de tutela justificava-se pelo fato de os EUA adotar, naquela época, um sistema legal fundado no “laissez-faire” econômico, o qual havia alcançado o seu ápice no final do século XIX e início do século XX. Mas, como é notório, o liberalismo exacerbado conduziu à crise de 1929, cuja solução foi buscada a partir da maior intervenção estatal na economia e nas relações contratuais privadas, a partir do “New Deal” do presidente FRANKLIN DELANO ROOSEVELT, inspirado na doutrina keynesiana. Nesse contexto, foi promulgado, em 1935, o “National Labor Relations Act”, também conhecido como “Wagner Act”. Trata-se de uma lei federal que protege o direito dos trabalhadores com relação à organização sindical, à negociação coletiva e à realização de greves e outras atividades concertadas visando ao atendimento de suas reivindicações⁶⁴⁹.

A proteção contra a dispensa passou a ser objeto da contratação coletiva, que foi estimulada e garantida pelo mencionado diploma. Como observa BOB HEPPLER:

“Os trabalhadores, de fato, tendem a considerar-se como tendo algum tipo de direito de posse sobre o posto de trabalho e a idealizarem e projetarem instituições que tomem o controle sobre a questão das mãos do empregador e que expressem objetivamente esse direito. Os mecanismos pelos quais essa tendência é expressa e

⁶⁴⁸ Nos casos “Adair v. United States”, de 1908, e “Coppage v. Kansas”, de 1915, a Suprema Corte declarou inconstitucionais as leis que vedavam os “yellow dog contracts” (os quais proibiam os trabalhadores de se associarem aos sindicatos), argumentando que elas interferiam no direito destes de escolherem as próprias condições laborativas: “O direito de uma pessoa vender o próprio trabalho nas condições que considera mais oportunas é, na sua essência, igual ao direito do adquirente do trabalho de estabelecer as condições sob as quais ele aceitará ‘comprar’ esse trabalho”. Já no caso “Adkins v. Childrens Hospital”, a Suprema Corte usou o conceito de “liberdade contratual” para declarar a invalidade de uma lei que fixava salários-mínimos. Essas decisões foram anuladas após o “New Deal” do presidente Roosevelt (sobre o qual falaremos adiante) e a Suprema Corte passou a apoiar o “National Labor Relations Act” e o “Fair Labor Standards Act”, que estabeleciam um salário-mínimo e um horário máximo de trabalho, em oposição aos mandamentos do princípio de liberdade contratual. As Cortes passaram a aceitar uma série de intervenções legislativas nas relações de trabalho, que estabeleciam condições laborativas mínimas e proibiam certas práticas injustas. In FINLEY, Lucinda M. La tutela dei lavoratori negli Stati Uniti fra “statutes” e “common law”. p. 240.

⁶⁴⁹ GOULD IV, William B. L’idea di *Job Property* negli Stati Uniti. *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, Milano, Franco Angeli, ano XII, n. 46, p. 369-402, abr./jun. 1990. p. 371.

o grau de mudança variam, obviamente, de país para país. Nos Estados Unidos, ela é expressa primariamente por meio do instrumento do contrato coletivo”⁶⁵⁰.

Todavia, os trabalhadores não filiados aos sindicatos e, assim, não abrangidos pelos contratos coletivos, continuavam privados, quase que totalmente, dessa proteção. De fato, os princípios da “common law” estabeleciam que, na ausência de uma norma explícita que determinasse o contrário, a dispensa “ad nutum” era possível. No entanto, a partir, sobretudo, da década de 1970, a situação começou a se modificar. Tornou-se difusa a opinião, em sede jurisprudencial e doutrinária, de que o princípio da plena liberdade de dispensa constituía um anacronismo na sociedade contemporânea⁶⁵¹.

De fato, “a antiga máxima segundo a qual os empregadores podem contratar e dispensar ao seu bel-prazer, por qualquer motivo, sem impedimentos legais, é colocada severamente em discussão”. Essa mudança de rota foi operada, por exemplo, por meio da “introdução dos conceitos de *tort* e de direito de propriedade no Direito do Trabalho”. A legislação federal sobre a discriminação no emprego, de 1964, com a aprovação do Título VII do “Civil Rights Act”, limitou a liberdade de os empregadores recusarem a contratação, promoverem ou dispensarem por motivos de raça, sexo, religião e nacionalidade. O “Age Discrimination Act”, por sua vez, cuidou de proteger os trabalhadores contra discriminações por motivo de idade⁶⁵².

Segundo o tradicional princípio do “employment at will”, caso o contrato de trabalho não especifique a sua duração, deve-se presumir que ele foi pactuado “at will”, isto é, que o empregador tem a faculdade de dispensar o trabalhador “ad nutum”: a qualquer momento e por qualquer motivo. Esse princípio, sobretudo a partir dos anos 1970, passou a sofrer uma forte “erosão” jurisprudencial, operada em diversas causas ajuizadas por trabalhadores que contestavam a validade da dispensa.

Nessa época, a grande maioria dos juízes passou, em suas decisões, a modificar, ou ao menos a atenuar, esse princípio. A jurisprudência dos diversos Estados-membros da Federação passou a não aceitar a dispensa “ad nutum” com fundamento em três teorias principais, sobre as quais falaremos adiante: as exigências de ordem pública; o pacto implícito de boa-fé e correção; e o contrato tácito baseado nos usos empresariais, nas garantias verbais ou nos regulamentos internos das empresas⁶⁵³.

⁶⁵⁰ HEPPLÉ, Bob. Flexibility and Security of Employment. p. 279. Tradução nossa.

⁶⁵¹ GOULD IV, William B. L’idea di *Job Property* negli Stati Uniti. p. 371. Esse autor norte-americano destaca que “somos uma nação de trabalhadores. O crescimento do número de ocupados sempre foi acompanhado do reconhecimento de uma crescente necessidade de estabilidade nas relações de trabalho”. (p. 369). Tradução nossa.

⁶⁵² FINLEY, Lucinda M. La tutela dei lavoratori negli Stati Uniti fra “statutes” e “common law”. p. 242. Tradução nossa.

⁶⁵³ Os Estados-membros cuja jurisprudência passou a acolher a teoria das exigências de ordem pública são: Alaska, Arizona, California, Connecticut, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Kansas, Maryland, Massachusetts, Michigan, Missouri, Montana, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, North Carolina, Ohio, Oregon, Pennsylvania, South Carolina,

No entanto, os trabalhadores abrangidos pela contratação coletiva continuavam em uma situação bem mais favorável do que os seus colegas não sindicalizados. De fato, os contratos coletivos continham normas que proibiam a dispensa não motivada por uma causa adequada ou justa. Além disso, determinavam a adoção do critério do tempo de serviço quando as condições da empresa impunham as dispensas: os trabalhadores com menor antiguidade deveriam ser os primeiros a serem dispensados.

Assim, muito tempo antes de a proteção contra a dispensa começar a ser objeto da “common law”, isto é, de uma importante construção jurisprudencial, como veremos, os próprios trabalhadores, representados por seus sindicatos, já haviam começado a minar, através dos contratos coletivos, a liberdade do empregador de dispensar imotivadamente⁶⁵⁴.

Observa-se que, embora a redução de pessoal por razões de ordem econômica ou tecnológica fosse regida pelo princípio da antiguidade e implicasse o pagamento de indenizações ou outros benefícios econômicos aos trabalhadores dispensados, continuava-se a acolher a idéia de que o direito do empregador de dispensar por motivos econômicos não poderia ser substancialmente restringido pela lei ou pelo contrato coletivo.

Todavia, ao contrário de outros países desenvolvidos, como, por exemplo, o Japão, a dispensa parecia ser a primeira – ao invés da última – resposta ao problema da redução de custos. Essa situação começou a mudar em razão da pressão dos sindicatos, que passaram a demonstrar grande interesse pela proteção do posto de trabalho, pelo processo de formação e tomada das decisões empresariais e pelo acesso a informações reservadas. Por meio da negociação coletiva, as partes passaram a rever o axioma de que tais questões eram prerrogativas exclusivamente empresariais, sobre as quais o sindicato não poderia ter um interesse legítimo.

Essa mudança de perspectiva é revelada na seguinte afirmação do “National Labor Relations Board”, em 1966:

Tennessee, Texas, Virginia, Washington, West Virginia, Wisconsin. Aqueles cuja jurisprudência acolheu a teoria do pacto de boa-fé e correção são: Alaska, California, Connecticut, Illinois, Iowa, Massachusetts, Montana, Nevada. Já a teoria do contrato tácito fundado nas garantias verbais ou nos usos empresariais foi acolhida pela jurisprudência dos seguintes Estados: Alaska, Arizona, Arkansas, California, Connecticut, Maine, Ohio, Washington. Finalmente, a teoria do contrato tácito fundado nos regulamentos empresariais foi adotada jurisprudencialmente em: Arizona, Arkansas, Colorado, Connecticut, District of Columbia, Georgia, Hawaii, Idaho, Maine, Michigan, Minnesota, Missouri, Nevada, New Jersey, New Mexico, New York, Ohio, Oklahoma, Oregon, South Dakota, Washington, Wisconsin, Wyoming. *In* GOULD IV, William B. L’idea di *Job Property* negli Stati Uniti. p. 372-373.

⁶⁵⁴ GOULD IV, William B. L’idea di *Job Property* negli Stati Uniti. p. 398.

“O empregado tem um interesse em jogo na empresa, pois transcorreu anos da sua vida laborativa para acumular tempo de serviço, adquirir o direito à aposentadoria e desenvolver uma qualificação profissional. Na nossa interpretação, assim como é necessário levar em conta o interesse do empresário à defesa do seu investimento de capital, do mesmo modo é essencial considerar o interesse do trabalhador à defesa do seu padrão de vida”.⁶⁵⁵

A doutrina passou a sustentar que o ponto de partida para a análise da questão deveria ser o fato de que o trabalho é fundamental para a existência e a dignidade da pessoa. Ele não fornece apenas a renda indispensável para a satisfação das necessidades vitais, mas também a oportunidade de concretizar as aspirações da família. A possibilidade de trabalhar e de conservar o posto de trabalho é, assim, fundamental. O movimento sindical passou a defender fortemente essa idéia, o que é revelado na declaração do comitê executivo da “American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations” (AFL-CIO)⁶⁵⁶, em 1987, de que a defesa contra comportamentos arbitrários do empregador “se qualifica como condição fundamental do trabalho”, representando “a característica central de uma sociedade justa”⁶⁵⁷.

Tais idéias influenciaram decisivamente a jurisprudência, como vimos. Ilustrativamente, a Corte Suprema de New Jersey, em um dos casos mais importantes de dispensa injustificada, assim se pronunciou: “a segurança do posto de trabalho representa a garantia de que a própria vida e o futuro da própria família não serão arbitrariamente destruídos: ela, portanto, pode ser excluída apenas quando presente uma causa justa, adequadamente determinada”⁶⁵⁸.

Tratava-se do reconhecimento de que são pouquíssimos os trabalhadores que dispõem de um considerável poder contratual em virtude de possuírem uma qualificação profissional extremamente

⁶⁵⁵ GOULD IV, William B. L’idea di *Job Property* negli Stati Uniti. p. 375. Tradução nossa. O “National Labor Relations Board” (NLRB) é uma agência independente do Governo dos EUA encarregada de conduzir as eleições para a representação dos sindicatos obreiros e de investigar e sancionar as práticas injustas nas relações de trabalho. Estas podem envolver situações relacionadas ao sindicato ou a outras atividades dos trabalhadores protegidas legalmente. O NLRB é governado por uma Diretoria de 5 membros e por um Conselho Geral, sendo todos eles nomeados pelo Presidente da República com a aprovação do Senado. Os membros da Diretoria e do Conselho Geral têm um mandato de 5 anos e de 4 anos, respectivamente. O Conselho exerce a função de acusação nos processos e a Diretoria atua como uma instância de apelação das decisões dos juízes administrativos. O NLRB foi criado em 1935 pelo “National Labor Relations Act” (mais conhecido como “Wagner Act”), o qual foi alterado pelo “Taft-Hartley Act”, em 1947. Disponível em <http://en.wikipedia.org/wiki/National_Labor_Relations_Board>. Acesso em: 07 set. 2007.

⁶⁵⁶ A “American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations” (AFL-CIO) é a maior confederação sindical obreira nos EUA, formada por 54 sindicatos nacionais e internacionais (canadenses), que, no conjunto, representam mais de 10 milhões de trabalhadores. Foi constituída em 1955 através da fusão da “American Federation of Labor” (AFL) e a “Congress of Industrial Organizations” (CIO). Disponível em <<http://en.wikipedia.org/wiki/AFL-CIO>>. Acesso em: 07 set. 2007.

⁶⁵⁷ GOULD IV, William B. L’idea di *Job Property* negli Stati Uniti. p. 376. Tradução nossa.

⁶⁵⁸ Decisão “Wolley v. Hoffman-La Roche Inc.”, de 1985. In GOULD IV, William B. L’idea di *Job Property* negli Stati Uniti. p. 377. Tradução nossa.

rara no mercado de trabalho. Por isso, eles são capazes de pactuar “cláusulas de ouro”, que lhes garantem altos salários e considerável ressarcimento no caso de cessação do contrato. Trata-se de mera exceção, pois a regra é a existência de grande desigualdade fática entre os contratantes, daí a necessidade da regulamentação da relação de trabalho para se atingir uma situação de maior equilíbrio. Tal necessidade é acrescida por um fator presente nos planos de carreira de muitas empresas nos EUA: os aumentos salariais proporcionais ao tempo de serviço. De fato, os patrões tendem a querer se livrar dos trabalhadores mais antigos, por fazerem jus a salários mais elevados.

4.10.2 A jurisprudência (“common law”) e as leis federais e estaduais

Um reexame do “status quo” (possibilidade de dispensa “ad nutum”) foi impulsionado pela jurisprudência. Em uma famosa decisão da Suprema Corte dos EUA, no caso “Cleveland, Board of Education v. Loudermill”, de 1985, o juiz WHITE, em nome da Corte, se pronunciou nos seguintes termos:

“O significado do interesse individual à conservação da ocupação não pode ser negado. Temos freqüentemente reconhecido a gravidade do fato de se privar uma pessoa dos meios de sustento. Um trabalhador dispensado pode até encontrar outro posto, mas isso demandará tempo e provavelmente será dificultado ainda mais pelas circunstâncias incertas nas quais deixou o seu trabalho anterior”.⁶⁵⁹

As preocupações expressas nesse caso, somadas à proteção conferida ao trabalhador contra a dispensa na Europa e no Japão, foram ganhando um peso maior, seja nos setores sindicalizados, seja naqueles não sindicalizados. Isso se refletiu na evolução do direito, mas também nos comportamentos dos empregadores e dos sindicatos. Tais mudanças se verificaram, sobretudo, na década de 1980. Até então, como já observado, os trabalhadores não abrangidos pela contratação coletiva estavam expostos à dispensa “ad nutum”.

Um dos fatores importantes que contribuíram para as mudanças é o fato de os obreiros ocupantes de cargos de gerência e direção e aqueles dotados de alta qualificação terem sido atingidos pela crise econômica de forma bastante intensa. Isso foi causado pela recessão verificada nos primeiros

⁶⁵⁹ No mesmo caso, o juiz Marshall se pronunciou a favor da exigência de procedimentos para o término do contrato ainda mais rigorosos do que aqueles exigidos pela Corte, afirmando que “o trabalhador é deixado em uma espécie de limbo, privado da remuneração, da qual invariavelmente depende o seu sustento”. In GOULD IV, William B. L’idea di *Job Property* negli Stati Uniti. p. 379-380. Tradução nossa.

anos da década de 1980. O aumento das fusões nas empresas gerou a dispensa de trabalhadores de nível intermediário e, frequentemente, a aglutinação de dois ou três postos de trabalho em apenas um. Esse fenômeno foi agravado pela queda no percentual dos trabalhadores sindicalizados, pois que estes, como vimos, geralmente são protegidos pelos contratos coletivos contra a dispensa imotivada.

Todavia, é interessante observar que os trabalhadores abrangidos pela contratação coletiva, ao invés de recorrerem aos procedimentos de arbitragem nela previstos, preferiam ajuizar diretamente uma ação judicial para ver reconhecida a ilegitimidade da dispensa. Não obstante a previsão, nos instrumentos coletivos, de que a arbitragem deveria ser acionada anteriormente, as Cortes acabaram acolhendo várias dessas ações, aplicando os princípios da “common law” relativos à dispensa injusta. A preferência pela ação judicial se deve ao fato de o trabalhador poder obter um ressarcimento advindo de danos morais, difamação e de outros atos ilícitos, o que não era previsto no caso de arbitragem.

A Suprema Corte, em 1937, no caso “National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation” – em que foi declarada a constitucionalidade do “National Labor Relations Act”, de 1935 – já havia afirmado que esse diploma estabelecia uma limitação, mesmo que substancialmente restrita, à possibilidade da dispensa “ad nutum”.

Do mesmo modo, a Corte considerou, em decisão posterior, que o “Civil Rights Act” (1964) e outras leis relativas à Seguridade Social impunham a mesma restrição com relação à dispensa por razões de raça, de sexo, de religião, entre outras. Com efeito, tanto o “National Labor Relations Act”, quanto o “Civil Rights Act”, haviam gerado, indiretamente, um crescimento das expectativas e das reivindicações, que, por sua vez, tornaram os juízes mais sensíveis ao interesse público envolvido na tutela das relações de trabalho. Assim, a partir dos anos 1960 e 1970, os empregadores foram cada vez mais constrangidos a reexaminar as suas políticas de pessoal para assegurar a todos os obreiros uma proteção contra incorreções e discriminações, substanciais e procedimentais.

Todos esses fatores contribuíram para a evolução da nova “common law” em matéria de proteção contra a dispensa injusta. Embora não houvesse uma legislação que regulamentasse específica e diretamente a matéria, - e talvez precisamente em razão disso -, a “common law” criada pelos juízes, em seu conjunto, veio a responder às exigências sociais e econômicas relativas à proteção contra a dispensa⁶⁶⁰. Essa resposta foi concretizada a partir da aplicação das três teorias acima mencionadas, que

⁶⁶⁰ A jurisprudência acabou estabelecendo tantas e amplas exceções à possibilidade da dispensa “ad nutum”, que já se falou que as exceções passaram a constituir a regra. Todavia, em razão de os critérios desenvolvidos jurisprudencialmente, para indicar as circunstâncias em que um trabalhador pode ser legitimamente dispensado, serem, por vezes, conceitualmente vagos e imprecisos, há autores que defendem uma intervenção legislativa para a regulamentação específica da matéria.

impõem limites à dispensa “ad nutum” do empregado não abrangido pela proteção conferida pelos contratos coletivos. Todavia, também os obreiros tutelados pelas normas coletivas e seus respectivos empregadores sofreram o impacto dessa grande evolução jurisprudencial.

A primeira teoria prevê que uma dispensa é ilegítima se motivada por uma razão contrária à ordem pública (“public policy”). Argumentando que existem certas razões pelas quais os empregadores, se dispensam um empregado, abusam do seu poder, a jurisprudência elaborou o conceito social de uma conduta justa e certa nas relações de trabalho. Trata-se de importante tutela conferida aos trabalhadores, mesmo na ausência de uma lei que preveja explicitamente sanções contra a dispensa imotivada. A jurisprudência não se limitou a considerar inválidas as dispensas que violam claramente os princípios gerais de determinada lei, mas passou a dar uma aplicação extensiva ao princípio de ordem pública, o que foi imprescindível para a concessão da tutela na maior parte dos casos⁶⁶¹.

Com efeito, várias Supremas Cortes estaduais já decidiram que “a doutrina da dispensa ‘ad nutum’ não exime o empregador da sua responsabilidade quando um empregado é dispensado de dada maneira ou por determinado motivo que afronte uma clara e substancial ordem pública”, como assinalado pela Suprema Corte de Utah, no caso “Peterson v. Browing”, em 1992. A dispensa viola a ordem pública quando implica uma “interferência indevida no exercício de uma responsabilidade pública fundamental ou de um privilégio legal fundamental”⁶⁶².

A teoria em tela foi aplicada, por exemplo, no caso de trabalhadores dispensados em represália por terem protestado contra comportamentos ilegítimos ou denunciado práticas fiscais ilícitas do patrão. A Suprema Corte da Califórnia, na famosa decisão do caso “Tameny v. Atlantic Richfield Corporation”, em 1980, considerou ilegítima a dispensa do obreiro que havia se recusado a participar de um plano empresarial ilegal para modificar os preços de venda a varejo de gasolina. Foi também considerada injusta a dispensa do empregado obrigado pelo empregador a optar entre o cumprimento de um dever público (atuar como jurado) e a conservação do posto de trabalho. Foi tida como ilegítima, ainda, a dispensa ocasionada pelo exercício da liberdade de manifestação do pensamento.

William B. Gould IV, por exemplo, afirma que a adoção de uma lei federal sobre o tema é indubitavelmente necessária. In GOULD IV, William B. L’idea di *Job Property* negli Stati Uniti. p. 382 e 392.

⁶⁶¹ Pode-se citar como exemplos de dispensas que violam a ordem pública, retirados da jurisprudência norte-americana, aquelas motivadas pelo fato de o empregado ter prestado o serviço de jurado, ter recusado a mentir ou a violar a lei no interesse do patrão, ter resistido ao assédio sexual de um superior hierárquico. FINLEY, Lucinda M. La tutela dei lavoratori negli Stati Uniti fra “statutes” e “common law”. p. 242.

⁶⁶² GOLDMAN, Alvin L., WHITE, Rebecca H. United States of America. *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. v. 14. coord. Roger Blanpain. The Hague: Kluwer Law International, 2002. p. 97-98.

A Suprema Corte de New Jersey aplicou a exceção de ordem pública em um caso de violação dos direitos à intimidade e à vida privada do obreiro. A Suprema Corte de Arizona, por sua vez, no caso “Wagenseller v. Scottsdale Memorial Hospital” (1985), considerou ilegítima a dispensa de um empregado que havia se negado e cumprir uma conduta que se enquadrava como ato obsceno nos termos da legislação penal do seu Estado. Todos esses casos demonstram que a exceção de ordem pública foi aplicada de forma ampla e extensiva pela jurisprudência, o que comportou notáveis efeitos práticos.

As leis que protegem determinados direitos dos trabalhadores – como o “National Labor Relations Act” (direito de se engajar em atividades organizadas), “Occupational Safety and Health Act” (direito a um ambiente de trabalho seguro e saudável), “Fair Labor Standards Act” (direito ao salário-mínimo e ao pagamento das horas-extras), Título VII do “Civil Rights Act”, de 1964 (proteção contra a discriminação no emprego por motivo de sexo, raça, nacionalidade, religião), “Americans with Disabilities Act” (proteção contra a discriminação no emprego por motivo de deficiência)⁶⁶³, entre outras leis federais, e leis estaduais semelhantes – em geral asseguram ações específicas para o empregado que foi dispensado ou recebeu outra punição disciplinar por buscar a proteção ou por ser parte de procedimentos previstos nesses diplomas. Em geral, as sanções consistem na reintegração do trabalhador e no pagamento da remuneração devida desde a dispensa. Alguns diplomas prevêm também o pagamento de uma indenização pela conduta faltosa do patrão.

Há determinadas leis (“whistleblower laws”) que proíbem a retaliação contra o empregado que relata um comportamento ilegal do empregador ou de um superior hierárquico. Em nível federal, foram editados vários diplomas desse tipo, como aquele relativo aos trabalhadores das usinas geradoras de energia. Em nível estadual, pode-se dizer que cerca de três quartos dos Estados têm leis desse tipo, enquanto nos demais essa proteção é assegurada pela jurisprudência, por meio do entendimento consolidado de que a dispensa é inválida se viola a ordem pública, como vimos.

Muitos Estados-membros emanaram leis que proíbem a dispensa por motivos contrários à ordem pública, reforçando, assim, a “common law”⁶⁶⁴. Observa-se a tendência de os Estados

⁶⁶³ Importa notar que esse diploma, de 1992, proíbe a dispensa de empregado que sofre ou aparenta sofrer de uma deficiência física ou mental que lhe limita substancialmente uma vida amplamente ativa. A dispensa somente é legítima caso não seja possível realizar, por meio de mudanças razoáveis no processo de trabalho, nas funções, nos equipamentos e na programação, adequações que permitam ao indivíduo realizar as funções essenciais de um posto de trabalho desejável e disponível. Essa lei aplica-se aos empregadores que ocupam no mínimo 15 obreiros. GOLDMAN, Alvin L., WHITE, Rebecca H. United States of America. p. 105.

⁶⁶⁴ Trata-se de 19 Estados: California, Connecticut, Delaware, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Louisiana, Maine, Maryland, Michigan, New Hampshire, New York, Oklahoma, Oregon, Rhode Island, Texas, Washington e Wisconsin. Observa-se,

modificarem as suas legislações trabalhistas para abandonar a possibilidade de o empregador dispensar o obreiro a qualquer tempo e por qualquer motivo (dispensa “ad nutum”), introduzindo normas que regulamentam e limitam as dispensas⁶⁶⁵.

A reintegração também é aplicada como sanção no caso de a dispensa consistir em violação do contrato coletivo. Em geral, ela é ordenada em sede de arbitragem, podendo o seu cumprimento ser assegurado judicialmente. Em regra, a reintegração também é aplicada como sanção no caso de violação de uma liberdade constitucional ou da ordem pública. Se a dispensa consistir apenas no descumprimento do contrato individual, a sanção aplicada pelas Cortes, em geral, é o pagamento de indenização⁶⁶⁶.

De fato, tanto o “National Labor Relations Act”, quanto o “Civil Rights Act” (Título VII), prevêm, no caso de dispensa injusta por violação a seus preceitos, a reintegração do empregado, com o pagamento da remuneração devida até que ela seja efetuada (acrescida de juros) e das despesas processuais suportadas pelo obreiro. Nos termos do “National Labor Relations Act”, caso a reintegração se mostre inoportuna, deve ser substituída por uma indenização equivalente, no máximo, a dois anos de remuneração.

A segunda das teorias aplicadas pela jurisprudência é a da violação do pacto de boa-fé, lealdade e correção, que se entende presente em todo contrato de trabalho. Segundo entendimento amplamente aceito no Direito norte-americano, as partes de um contrato têm o dever de evitar obstaculizar as oportunidades do outro contratante de receber os frutos do acordo. Em regra, esse conceito se concretiza por meio da exigência de que as partes executem o pacto consoante o princípio da boa-fé e se relacionem de forma justa⁶⁶⁷.

Tal teoria, reconhecida pela primeira vez em matéria de seguro, passou a ser aplicada às controvérsias trabalhistas. Pode-se citar a decisão do Tribunal da Califórnia, no caso “Cleary v. American Airlines”, que reconheceu a violação em comento na dispensa de um empregado sem respeitar as regras procedimentais fixadas pelo próprio empregador, considerando também que o obreiro contava com grande tempo de serviço⁶⁶⁸. Pode-se citar, ainda, o caso “Foley v. Interactive Data

assim, que nos EUA os Estados-membros detêm, ao lado da União, grande competência legislativa em matéria trabalhista. In GOULD IV, William B. L'idea di *Job Property* negli Stati Uniti. p. 384-385.

⁶⁶⁵ DAVIES, Anne C. L. *Perspectives on Labour Law*. p. 156.

⁶⁶⁶ GOLDMAN, Alvin L., WHITE, Rebecca H. United States of America. p. 109-110.

⁶⁶⁷ GOLDMAN, Alvin L., WHITE, Rebecca H. United States of America. p. 94.

⁶⁶⁸ Outros exemplos de decisões que aplicaram essa segunda teoria: “Pugh v. See’s Candies”, de 1981, “Fortune v. National Cash Register Co.”, de 1977, e “Magnan v. Anaconda Industries”, de 1984. In FINLEY, Lucinda M. La tutela dei lavoratori negli Stati Uniti fra “statutes” e “common law”. p. 243.

Corp.”, julgado pela Suprema Corte da Califórnia, em 1988, no qual também foi aplicado o princípio em comento⁶⁶⁹.

A terceira teoria corresponde à idéia de violação ao contrato tácito baseado nos usos empresariais, nas garantias verbais, em afirmações contidas no livro de pessoal do patrão ou em deveres advindos do regulamento interno da empresa. Este se torna vinculante para o empregador no momento em que é tornado público, levado ao conhecimento dos obreiros, conforme uma famosa decisão da Suprema Corte de New Jersey, em 1985⁶⁷⁰.

As empresas norte-americanas, sobretudo aquelas de maior dimensão, com freqüência fornecem aos seus trabalhadores publicações escritas que descrevem a empresa, os benefícios e as obrigações dos empregados (v.g., manual da política empresarial, manual do empregado, etc.). Quando um obreiro é contratado, em geral ele é informado de que deve ler tal manual e assina um recibo de que o recebeu. Por vezes este descreve a política disciplinar do empregador, inclusive as suas formas e procedimentos, e assegura expressa ou implicitamente que o patrão irá proteger o bem-estar do trabalhador, irá tratá-lo de forma justa e que espera que a relação de emprego seja duradoura.

Ao longo da década de 1980, várias Cortes estaduais passaram a considerar que as informações contidas nesses manuais estabelecem compromissos contratuais exigíveis, nos quais o empregado pode se basear nas ações em que questiona a validade da dispensa⁶⁷¹.

Ao comentar a atividade construtiva da jurisprudência quanto à proteção contra a dispensa imotivada, JOHN R. COMMONS observa que:

“A common law do mundo do trabalho é construída selecionando as práticas razoáveis e recusando aquelas inoportunas, e retirando seja dos sindicatos, seja das direções empresariais, todo poder arbitrário no que se refere à ocupação. Gradualmente, foi sendo elaborada uma espécie de emenda constitucional adaptada à estrutura industrial: nenhum empregador privará nenhum empregado do seu posto de trabalho sem um devido processo legal industrial, nem negará a qualquer empregado no âmbito da sua esfera de poder uma proteção igual com base na common law do mundo do trabalho”. (grifos nossos).⁶⁷²

⁶⁶⁹ GOLDMAN, Alvin L., WHITE, Rebecca H. United States of America. p. 95.

⁶⁷⁰ Como exemplos de casos em que foi aplicada essa terceira teoria, pode-se citar: “Toussaint v. Blue Cross”, de 1980, e “Wooley v. Hoffman-La Roche”, de 1985. In FINLEY, Lucinda M. La tutela dei lavoratori negli Stati Uniti fra “statutes” e “common law”. p. 243.

⁶⁷¹ GOLDMAN, Alvin L., WHITE, Rebecca H. United States of America. p. 93.

⁶⁷² COMMONS, John R. *I fondamenti giuridici del capitalismo*. Bolonha: Il Mulino, 1981. p. 396. Tradução nossa.

As três teorias acima descritas, acolhidas com entusiasmo pela jurisprudência, ao restringirem a discricionariedade do empregador e a possibilidade da dispensa “ad nutum”, suscitaram contestações no mundo econômico. Os empresários reclamavam do fato de que os jurados⁶⁷³ competentes para tais controvérsias não tinham o conhecimento técnico necessário, eram volúveis, imprevisíveis e tendiam a favorecer os trabalhadores. Na Califórnia, a título de exemplo, entre 1982 e 1986, os trabalhadores obtiveram veredicto em seu favor em 73% dos casos. A média total dos ressarcimentos atribuídos pelos tribunais do Estado foi 1403% superior às ofertas de acordo por parte dos empregadores⁶⁷⁴.

LUCINDA M. FINLEY observa que a aplicação dessas teorias pela jurisprudência norte-americana aponta para o reconhecimento de um direito ao posto de trabalho, ou ao menos, ao tratamento justo nesse último, de forma análoga ao que é reconhecido pelo Direito Civil no que tange ao direito de propriedade. É a idéia de “propriedade do posto de trabalho” (“job property” ou “entitlement to a job”). Um indício de que o entendimento baseado na aquisição de direitos (“entitlements reasoning”) está conquistando terreno, em prejuízo daquele baseado na liberdade contratual, reside no fato de os trabalhadores dotados de maior antiguidade invocarem a reiterada adimplência como fonte da expectativa de que serão dispensados apenas por justa causa, ou como base de alegação da violação de um dever de boa-fé gerado pela relação⁶⁷⁵.

Segundo a autora, a noção de titularidade do posto de trabalho faz-se presente também na legislação estatal, com relação ao direito dos empregadores de fecharem os seus estabelecimentos. Em resposta aos problemas do desemprego e da desestruturação social, causados pelo fechamento de grandes estabelecimentos empresariais, sobretudo na década de 1980, muitos Estados da federação emanaram leis que exigem um aviso-prévio no caso de cessação do estabelecimento, devendo também ser acordado com os trabalhadores a possível transferência para outro posto e, em alguns casos, as indenizações a serem pagas. De fato, “a crescente consciência da interação entre escolhas empresariais e bem-estar da sociedade está induzindo o legislador a reconhecer a importância de atribuir aos trabalhadores alguns direitos com relação às empresas nas quais trabalham”⁶⁷⁶.

⁶⁷³ O instituto do júri popular nos Estados Unidos, como se sabe, faz-se presente não apenas nas causas de natureza penal, mas também nas cíveis.

⁶⁷⁴ GOULD IV, William B. L’idea di *Job Property* negli Stati Uniti. p. 389.

⁶⁷⁵ FINLEY, Lucinda M. La tutela dei lavoratori negli Stati Uniti fra “statutes” e “common law”. p. 243.

⁶⁷⁶ FINLEY, Lucinda M. La tutela dei lavoratori negli Stati Uniti fra “statutes” e “common law”. p. 242. Tradução nossa. Como exemplos de leis dos Estados relativas ao fechamento de estabelecimentos industriais, podemos citar: o “Maryland Economic Stabilization Act”, de 1985, que, em seu art. 41, §206, exige que as empresas com 50 ou mais empregados dêem um aviso-prévio de 90 dias antes do seu fechamento; o “Connecticut Statute”, que, no § 31-510 (a), impõe aos empregadores que irão encerrar ou transformar o seu estabelecimento a obrigação de conceder o seguro-saúde por mais 120 dias; o “Massachusetts General Laws”, que, no §208, impõe às empresas que irão encerrar as suas atividades a concessão do aviso-prévio de 90 dias e o prolongamento do seguro-saúde por 90 dias; o “Maine’s Law”, que exige o pagamento de

Cumpra destacar, ainda, a tendência de a contratação coletiva buscar assegurar uma maior participação do sindicato nos processos de decisão das empresas. Por exemplo, o acordo concluído entre a “Saturn Corporation” e a “United Auto Workers”, em 1985, determinou que deveria ser garantida a “plena participação do sindicato”, além de “um fluxo livre das informações e uma clara definição dos processos de decisão”. O sindicato, considerado um “parceiro com plenos direitos”, faria parte do “Comitê de Conselhos Estratégicos” (“Strategic Advisory Committee”), encarregado da programação das estratégias econômicas necessárias para assegurar a operacionalidade da empresa a longo prazo. Demais disso, garantia-se a segurança permanente no posto de trabalho para 80% dos empregados (aqueles com maior tempo de serviço)⁶⁷⁷.

Quanto à obrigação de concessão de aviso-prévio, embora ela não esteja prevista expressamente em lei, os contratos coletivos em geral a prevêm⁶⁷⁸. Importa notar também que a possibilidade de dispensa “ad nutum” foi largamente eliminada pelas leis de alguns Estados, como Montana, Porto Rico e Ilhas Virgens. A lei de Montana, por exemplo, garante ao empregado dispensado sem motivo uma ação para exigir um ressarcimento cujo valor pode alcançar até quatro anos de remuneração. Esse diploma também assegura o ressarcimento pelos danos causados quando se prova de forma clara e convincente a fraude ou malícia do empregador, no caso de dispensa em violação à ordem pública⁶⁷⁹.

Pelo exposto, percebe-se que o sistema de proteção contra a dispensa imotivada nos EUA, embora complexo, é bastante eficiente. Destaca-se, primeiramente, o papel fundamental exercido pela jurisprudência (“common law”), por meio da aplicação dos princípios acima vistos. Revela-se também fundamental o papel dos sindicatos, através da contratação coletiva. Observa-se que nesse sistema o legislador, pela própria tradição jurídica norte-americana, exerce um papel mais limitado do que nos países de “civil law”. Todavia, como demonstrado, há leis federais relativas à matéria – como o “National Labor Relations Act” e o “Civil Rights Act” (Título VII) -, além de leis específicas

indenização correspondente a uma semana de remuneração por cada ano de serviço. In FINLEY, Lucinda M. La tutela dei lavoratori negli Stati Uniti fra “statutes” e “common law”. p. 244.

⁶⁷⁷ Do mesmo modo, o contrato coletivo firmado entre a “United Auto Workers” e a “New Manufacturing Inc.” (a “joint-venture” General Motors-Toyota) contém dispositivos que concedem amplos poderes aos empregados. Com base nesse acordo, os trabalhadores ocupantes de altos cargos de gerência e diretoria, como freqüentemente ocorre no Japão, assumem a obrigação de reduzir os próprios salários antes de recorrer às dispensas. Alguns autores defendem que o Congresso Nacional deveria aprovar uma lei que requeira ou estimule a consulta aos sindicatos e trabalhadores antes do fechamento da empresa. Uma legislação desse tipo existe em 4 Estados: Connecticut, Maine, Massachusetts e Wisconsin. A experiência, seja a européia (notadamente a alemã), seja a japonesa, demonstra como o acesso contínuo à informação é muito mais importante do que a comunicação, consulta ou negociação no momento de fechamento da empresa. Com efeito, é muito melhor prevenir-se o problema, evitando que aconteça, do que se limitar a tentar remediá-lo ou atenuá-lo, depois que ele já surgiu. In GOULD IV, William B. L’idea di *Job Property* negli Stati Uniti. p. 399-400 e 402.

⁶⁷⁸ LEVITER, Lee, MULLER, Angelika. *International Labour Organization: United States of America*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/info/termination/countries/usa.htm>>. Acesso em: 08 fev. 2008.

⁶⁷⁹ GOLDMAN, Alvin L., WHITE, Rebecca H. *United States of America*. p. 91.

promulgadas pelos diversos Estados-membros. Tais diplomas reforçam o sistema, pois podem ser invocados pelos juízes para fundamentar suas decisões, despertando ainda mais a sua atenção e sensibilidade quanto à necessidade de se assegurar uma maior proteção contra a dispensa imotivada e estimulando a sua atividade construtiva na matéria.

4.10.3 Dispensa coletiva

Como vimos, há várias lei federais e estaduais que protegem o empregado contra a dispensa efetuada em determinadas circunstâncias. Uma categoria dessas leis visa à proteção da segurança financeira do obreiro, prevendo, por exemplo, um aviso-prévio considerável no caso de “lay-off” duradouro ou de dispensa em razão de mudanças na tecnologia ou nas atividades da empresa⁶⁸⁰. O diploma mais significativo é uma lei federal - “Worker Adjustment and Retraining Notification Act” (WARN) -, mais conhecido como “Plant Closing Act”.

Essa lei se aplica a empresas com, no mínimo, 100 empregados trabalhando em tempo integral, no caso de dispensa que afete no mínimo 50 obreiros que laboram em tempo integral em determinada planta empresarial, no período de 30 dias, ou de “lay-off” cuja duração seja de no mínimo 30 dias e que afete 500 ou mais empregados ou 50 ou mais obreiros caso eles constituam ao menos 33% dos empregados da planta empresarial. O patrão deve conceder um aviso-prévio por escrito de, no mínimo, 60 dias aos representantes dos obreiros afetados ou, na falta destes, aos próprios obreiros, devendo pagar a remuneração equivalente a cada dia desse aviso caso descumprido⁶⁸¹.

Um “lay-off” que, no momento em que foi anunciado, teria uma duração igual ou inferior a seis meses, mas supera esse período, deve ser tratado como uma dispensa coletiva, exceto se essa superação ocorreu por circunstâncias empresariais (como mudanças imprevisíveis nos preços ou custos) que não poderiam razoavelmente ser previstas quando foi anunciado e o empregador procede à devida comunicação no momento em que se torna razoavelmente previsível que irá ocorrer essa superação.

A observância do citado aviso-prévio não é obrigatória caso: o empregador ofereça oportunidades alternativas de trabalho razoáveis em outro estabelecimento; a redução da força de

⁶⁸⁰ “Nos Estados Unidos e no Canadá, o conceito de ‘lay-off’ é utilizado nos contratos coletivos para denotar uma suspensão da relação de emprego com a manutenção de determinados direitos relativos à antiguidade, à reconvocação quando o trabalho se torna novamente disponível, mas não do direito aos salários. Após um determinado período, algumas vezes especificado no contrato coletivo, o trabalhador submetido ao ‘lay-off’ não será mais titular desses direitos e a relação de emprego será considerada como encerrada.”. In HEPPLER, Bob. Flexibility and Security of Employment. p. 281. Tradução nossa.

⁶⁸¹ GOLDMAN, Alvin L., WHITE, Rebecca H. United States of America. p. 98.

trabalho tenha sido compelida por mudanças imprevisíveis no negócio ou desastre natural (v.g., enchentes, terremotos); o empregador, no momento em que deveria ter concedido o aviso-prévio, estava buscando ativamente capital ou negócios que, caso obtidos, teriam possibilitado evitar ou adiar o encerramento das suas atividades e ele, razoavelmente e de boa-fé, acreditava que a concessão do aviso, por tornar pública a situação adversa da empresa, teria impossibilitado a obtenção do capital ou do negócio; o encerramento das atividades empresariais ou o “lay-off” seja motivado por conflitos trabalhistas (greve ou locaute) que não visem frustrar a aplicação da lei em comento; o empregado, quando contratado, foi advertido de que o seu trabalho seria necessário apenas durante um determinado projeto ou período de tempo.

Além de conceder o aviso-prévio aos empregados, essa lei também obriga o patrão a dar o mesmo aviso de 60 dias ao Governo local. Caso não o faça, o empregador deve pagar uma multa não superior a 500 dólares por cada dia de aviso não concedido, a não ser que ele pague a indenização acima referida aos empregados dentro do prazo de 3 semanas após a data em que ordena as dispensas ou o “lay-off”. No caso das empresas menores, as exigências desses avisos na hipótese de encerramento das atividades empresariais são impostas por algumas leis estaduais⁶⁸².

Muitos Estados emanaram leis para complementar as normas do WARN. Disposições relativas à dispensa coletiva podem também ser previstas pela contratação coletiva ou pelo contrato individual. Como o NLRA impõe aos empregadores negociarem com as entidades sindicais determinadas condições de trabalho, esse diploma pode ser invocado para forçar os empregadores a negociarem acerca da dispensa coletiva e do “lay-off”. De fato, há contratos coletivos que obrigam o patrão a negociar os efeitos do excedente de pessoal na empresa e a notificar o sindicato. Todavia, os empregadores não têm a obrigação legal de consultar ou informar os próprios trabalhadores sobre modificações operacionais ou projetos que podem conduzir a esse excedente⁶⁸³.

4.11 JAPÃO

A Constituição japonesa de 1946, em seu art. 27, prevê o direito ao trabalho. Esse dispositivo é tido como a base constitucional do direito à segurança do emprego no País. As principais normas que regulam a dispensa estão contidas no Código Civil (CC), de 1889, e sucessivas alterações, e na Lei das Condições do Trabalho (LCT), de 1947, alterada em 2003. O Código Civil aplica-se a todos os

⁶⁸² GOLDMAN, Alvin L., WHITE, Rebecca H. United States of America. p. 99.

⁶⁸³ LEVITER, Lee, MULLER, Angelika. *International Labour Organization: United States of America*.

contratos de Direito privado e a LCT abrange todos os contratos empregatícios no setor privado. Os empregados públicos e os trabalhadores marítimos são regulados por uma legislação específica⁶⁸⁴.

As normas do Código Civil sobre a dispensa são baseadas no princípio da liberdade de cessação contratual mediante aviso-prévio. Não é necessário que haja um motivo válido, de modo que o empregador pode exercer o seu direito de cessar o contrato a qualquer tempo, desde que conceda o aviso-prévio. Todavia, os contratos coletivos freqüentemente elencam as razões que constituem um motivo válido para a dispensa. Além disso, a jurisprudência japonesa desenvolveu e consagrou a doutrina da dispensa abusiva.

Desse modo, a disciplina da proteção contra a dispensa, na ausência de normas legais, foi construída pela jurisprudência japonesa, a partir da idéia da proibição do abuso do direito de dispensar pelo empregador⁶⁸⁵. Essa construção foi feita, notadamente, por meio de precedentes emanados pela Suprema Corte, a partir da metade da década de 1970.

Consoante o entendimento firmado por essa Corte, “o uso do direito de dispensar por um empregador deve ser considerado inválido, como um abuso de direito, quando estiver ausente uma razão objetivamente racional e, assim, não puder ser aprovado como correspondente a uma idéia socialmente aceita”. Além disso, a Corte elaborou requisitos e métodos específicos para a interpretação desse princípio, estabelecendo que “mesmo quando exista uma razão para a dispensa em abstrato, nem sempre é permitido ao empregador dispensar o empregado. Se o motivo para a dispensa na situação concreta é notadamente irrazoável, ou quando ele não pode ser aprovado como correspondente a uma idéia socialmente aceita, a expressão da intenção de dispensar deve ser declarada inválida como um abuso do direito de dispensar”⁶⁸⁶.

Essa teoria jurisprudencial foi acolhida expressamente pela LCT, em seu art. 18, §2º, a partir da alteração de 2003. Esse dispositivo prevê que a dispensa que não apresente “motivos objetivamente

⁶⁸⁴ MULLER, Angelika. *International Labour Organization: Japan*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/info/termination/countries/japan.htm>>. Acesso em: 08 fev. 2008.

⁶⁸⁵ TSUCHIDA, Michio. *The Legal Justification of the Employment Dismissal Regulation in Japan*. Disponível em: <<http://www.jil.go.jp/english/ejournal/documents/200106.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2008. Atsushi Tsuneki observa que “em uma economia na qual qualificações profissionais específicas são requeridas pelas empresas, é notório que problemas relativos à desatualização dos trabalhadores ocorrem. O investimento para incentivar esses trabalhadores a se qualificarem profissionalmente é excessivamente desencorajado e, conseqüentemente, aumenta a ineficiência, como resultado de contratos de trabalho livres e sem custos. Recentemente, a importância da Doutrina da Dispensa Abusiva como um meio de prevenir a citada ineficiência foi revalorizada”. TSUNEKI, Atsushi. *Job-Security Regulation from the Viewpoint of the Economic Theory of Incomplete Contracts*. Disponível em: <<http://www.jil.go.jp/english/ejournal/documents/200106.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2008. Tradução nossa.

⁶⁸⁶ IKEZOE, Hirokuni. *Resignation, Mandatory Retirement and Dismissals. Labour Situation in Japan and Analysis: General Overview 2006/2007*. Disponível em: <http://www.jil.go.jp/english/laborinfo/library/documents/laborsituation06_07.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2008. p. 59.

racionais” e não seja “apropriada consoante os padrões sociais gerais”, sendo um abuso do direito do empregador, é inválida.

HIROKUNI IKEZOE observa que, por detrás dessa alteração, encontra-se o reconhecimento de que o entendimento jurisprudencial deveria ser consagrado legalmente. Isso porque, embora ele já exercesse um papel muito relevante na regulação das dispensas no País, o fato de não estar previsto em lei o tornava socialmente ambíguo. Há, ainda, o reconhecimento de que, com a previsão legal, a fácil dispensa de empregados, em razão da recente recessão econômica, deveria ser barrada. Desse modo, a restrição imposta pela lei às dispensas, consagrando o princípio do abuso de direito pelo empregador construído pela jurisprudência, cumpre um papel de extrema relevância⁶⁸⁷.

São consideradas razões válidas para a dispensa: a incapacidade profissional do empregado; a má conduta ou a violação de uma regra disciplinar; razões de ordem econômica; e a dispensa de um empregado não sindicalizado como consequência de um contrato coletivo que preveja o “union shop”. Este permite a assunção de pessoas que não são sindicalizadas, mas o empregador, em seguida, é obrigado a dispensar todo empregado que não se filie ao sindicato. No caso de o motivo ser a incapacidade profissional, consoante a jurisprudência, o patrão tem a obrigação de verificar a possibilidade de transferir o empregado para outro posto de trabalho mais adequado à sua capacidade antes de proceder à dispensa⁶⁸⁸.

A dispensa é expressamente proibida quando baseada nas seguintes razões: violação do princípio legal da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, pois resta violada a ordem pública (art. 90 do CC); casamento, gravidez ou nascimento do filho que implique a licença-maternidade (art. 8º da Lei de Igualdade de Oportunidade de Emprego, de 1985); o exercício de atividades sindicais garantidas pelo art. 28 da Constituição (art. 7º da Lei sobre Sindicatos, de 1949); e discriminação baseada na raça, crença, sexo, condição social ou origem familiar (art. 14 da Constituição). A dispensa como forma de retaliação, pelo fato de o empregado ter afirmado ou exercido um direito previsto em lei, é proibida (art. 3º e art. 104, item 2, da LCT; art. 13, item 2, da Lei de Igualdade de Oportunidade de Emprego; arts. 10 e 16 da Lei sobre a Licença para o Cuidado com a Criança e com a Família; art. 7º da Lei sobre Sindicatos)⁶⁸⁹.

Além disso, a dispensa é proibida durante o período de licença do empregado por doença ou acidente de trabalho e nos 30 dias seguintes do seu retorno ao trabalho e durante a licença-maternidade,

⁶⁸⁷ A LCT, com a alteração de 2003, ao prever restrições para as dispensas, não estabelece sanções penais, mas, sim, puramente civis. IKEZOE, Hirokuni. *Resignation, Mandatory Retirement and Dismissals*. p. 59.

⁶⁸⁸ MULLER, Angelika. *International Labour Organization: Japan*.

⁶⁸⁹ IKEZOE, Hirokuni. *Resignation, Mandatory Retirement and Dismissals*. p. 59.

prevista legalmente, e nos 30 dias seguintes do retorno ao serviço (art. 19 da LCT). As sanções disciplinares, aí incluída a dispensa, em geral são previstas nos regulamentos empresariais, os quais devem ser estabelecidos em todas as empresas que ocupam 10 ou mais empregados (art. 89 da LCT).

O Código Civil prevê que, no caso de cessação do contrato de trabalho por tempo indeterminado, o empregador deve conceder um aviso-prévio de duas semanas ou pagar a indenização substitutiva deste (art. 627). Todavia, nos termos do art. 20 da LCT, o aviso-prévio deve ser de 30 dias, o qual, no entanto, não se aplica aos seguintes trabalhadores (art. 21): obreiros remunerados por dia, desde que tenham trabalhado por menos de 1 mês; aqueles contratados por um período específico não superior a 2 meses; trabalhadores sazonais contratados por período não superior a quatro meses⁶⁹⁰; e obreiros sob contrato de experiência, desde que tenham laborado por menos de 14 dias.

Além disso, o empregador não é obrigado a conceder o aviso-prévio previsto pela LCT se a continuidade do contrato se torna impossível em razão de um desastre natural ou outra causa inevitável ou no caso de dispensa por razões imputáveis ao empregado. Nesses casos, o empregador deve obter uma aprovação administrativa (art. 20 da LCT). A Lei dos Trabalhadores Marítimos, em seu art. 42, prevê que a dispensa desses obreiros deve ser precedida por um aviso-prévio por escrito de 24 horas.

4.11.1 Dispensa disciplinar

As sanções disciplinares, em regra previstas nos regulamentos empresariais, são, em ordem crescente de gravidade: advertência, reprimenda, reprimenda oficial, redução do salário, suspensão, dispensa com aviso-prévio, dispensa disciplinar. Se a dispensa já causa um prejuízo ao empregado, aquela disciplinar é ainda mais prejudicial, pois ele será avaliado como uma pessoa que violou a ordem no local de trabalho e, assim, estará em situação de desvantagem ao procurar um novo emprego.

Por essa razão, a jurisprudência vem adotando um julgamento rigoroso quanto à dispensa disciplinar, estabelecendo requisitos para a sua validade: o motivo da sanção, bem como o tipo e o grau da punição correspondente a esse motivo, devem se encontrar especificados pelo regulamento empresarial (trata-se do princípio “nulla poena sine lege”: não há punição sem previsão normativa); o mesmo tipo e grau de sanção devem ter sido adotados em casos passados (princípio da igualdade de tratamento); o conteúdo da sanção é apropriado se estiver em consonância com o tipo e o grau da

⁶⁹⁰ Esse tipo contratual corresponde ao contrato por temporada, que “são pactos empregatícios direcionados à prestação de trabalho em lapsos temporais específicos e delimitados em função da atividade empresarial. São também chamados de contratos adventícios ou contratos de trabalhadores adventícios”. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 554.

violação e com outras circunstâncias (princípio da equivalência); e os seus procedimentos devem ser justos e apropriados, permitindo o exame da questão por um Comitê disciplinar e propiciando o direito de defesa ao empregado. Considerando que a dispensa disciplinar é uma espécie de dispensa, a ela também se aplica, obviamente, o princípio legal da vedação do abuso de direito, previsto na LCT⁶⁹¹.

4.11.2 Dispensa coletiva

O ajuste da força de trabalho ocupada pela empresa no Japão é feito precipuamente por meio da regulação das horas-extras e através de medidas que visam não prejudicar os obreiros. Sendo um primeiro passo para eliminar empregados permanentes, não se recorre a esse ajuste a não ser que a situação empresarial esteja realmente crítica. O motivo disso é que as dispensas, na verdade, são difíceis de serem realizadas porque as empresas japonesas vêem a relação de emprego longa, contínua e duradoura como de grande importância e a consagração legal do princípio do abuso do direito de dispensar corrobora essa posição. De fato, essa consagração abrange tanto as dispensas individuais, quanto as coletivas.

Assim, as restrições estabelecidas à dispensa coletiva partem do princípio acima citado. Elas não são reguladas expressamente pela lei, mas a jurisprudência estabeleceu quatro requisitos principais para a sua validade: a existência de uma necessidade financeira genuína de reduzir a força de trabalho; a realização de esforços razoáveis pelo empregador para evitar as dispensas (v.g., redução do recurso às horas-extras, recolocação do empregado em outra função, transferências temporárias, não realização de novas contratações, “lay-off”, aposentadoria voluntária, cortes em contratos a tempo parcial e em outros contratos não permanentes); a consulta às entidades sindicais; a adoção de critérios razoáveis para escolher os empregados a serem dispensados (e.g., número de atrasos e ausências no emprego, histórico de violação das regras no trabalho, encargos familiares)⁶⁹².

Ao comentar os requisitos e princípios estabelecidos pela jurisprudência para a dispensa coletiva, TOSHIHIRO FUJIWARA observa que o mais importante é a obrigação de o empregador manter a relação de trabalho o máximo possível (dispensa como “ultima ratio”). Esse dever é baseado em vários dispositivos constitucionais, sobretudo no direito a manter as condições mínimas de uma vida digna

⁶⁹¹ IKEZOE, Hirokuni. *Resignation, Mandatory Retirement and Dismissals*. p. 62.

⁶⁹² HANAMI, Tadashi A., KOMIYA, Fumito. Japan. *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. coord. Roger Blanpain. The Hague: Kluwer Law International, 2006. p. 126.

(art. 25), no direito e na obrigação de trabalhar (art. 27) e no direito a ser respeitado como pessoa (art. 13)⁶⁹³.

No caso da dispensa coletiva por razões econômicas, além dos requisitos acima citados, desenvolvidos pela jurisprudência, há outros previstos expressamente em lei, como o aviso-prévio. Assim, o empregador que pretende dispensar mais de 30 empregados em um estabelecimento, no período de 1 mês, deve notificar o serviço público de emprego 1 mês antes da data programada para a dispensa. Se esta não envolve todos os empregados simultaneamente, a referência para o prazo da notificação é a data da última dispensa (art. 21 da Lei de Medidas para o Emprego n. 132, de 1966, e sucessivas alterações).

Caso o empregado requeira, o patrão deve fornecer-lhe a razão da dispensa por escrito e sem demora, isto é, entre a data da concessão do aviso-prévio e o último dia de trabalho (art. 22 da LCT). A contratação coletiva pode prever o pagamento de indenizações em razão da dispensa. O pagamento de benefícios relativos ao desemprego é regulado pela Lei do Seguro do Emprego, de 1974, e sucessivas alterações.

O empregado pode contestar judicialmente a sua dispensa. Caso esta consista em uma prática trabalhista injusta nos termos da Lei dos Sindicatos, ele pode também contestá-la perante a Comissão de Relações de Trabalho (CRT). As sanções típicas nesse caso são a reintegração e o pagamento das remunerações que o obreiro deixou de perceber, as quais podem ser acompanhadas por uma ordem ao empregador de fixar uma comunicação no local de trabalho na qual ele declara que foi considerado culpado pela CRT e não irá repetir outro ato semelhante de prática trabalhista injusta.

A Lei sobre o Sistema de Tribunal do Trabalho foi promulgada em 2004 e entrou em vigor em novembro de 2005. As controvérsias que têm como base a LCT devem ser ajuizadas no prazo de 2 anos da violação do direito (art. 115 da LCT). No caso de o empregador não ter concedido o aviso-prévio, o obreiro tem direito de exigir judicialmente, além do pagamento da indenização substitutiva, uma compensação de mesmo valor.

A jurisprudência considera nulas todas as dispensas injustificadas, de modo que a relação de trabalho permanece em vigor. O empregado tem direito a ser reintegrado e a receber toda a remuneração devida entre a data da dispensa e a efetiva reintegração⁶⁹⁴.

⁶⁹³ FUJIWARA, Toshihiro. *Reflections on Legal Theory concerning Collective Redundancy Dismissal: Through the Re-examination of the Four Necessary Conditions*. Disponível em: <<http://www.jil.go.jp/english/ejournal/documents/200106.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2008.

⁶⁹⁴ MULLER, Angelika. *International Labour Organization: Japan*.

Em pesquisa realizada entre os trabalhadores japoneses sobre os problemas enfrentados no emprego, analisada por ISAMU SUGINO e MASAYUKI MURAYAMA, percebe-se que a dispensa injusta é um problema pouco freqüente entre os obreiros de ambos os sexos. De fato, enquanto 30,4% dos entrevistados apontaram como problema vivenciado o não pagamento de horas-extras; 24,1% mencionaram o não pagamento de salários; 16,8% sinalizaram o assédio não-sexual; e apenas 9,8% assinalaram a dispensa injusta⁶⁹⁵.

Com efeito, nas empresas japonesas em geral vigora a prática de manter a dispensa de empregados permanentes em um nível mínimo. Esse fenômeno acabou por refletir nas próprias relações entre capital e trabalho, sobretudo nas grandes empresas, caracterizadas por fatores como: recrutamento periódico de recém formados, estando implícita a segurança no emprego até a aposentadoria; educação e requalificação, com a recolocação flexível em novas funções e treinamento contínuo; adoção do critério da antiguidade para a remuneração e a promoção, de acordo com o acúmulo de desempenho profissional⁶⁹⁶.

4.11.3 O sistema do “emprego vitalício”

Nas empresas japonesas, organizadas em grandes corporações, são poucas pessoas que mudam de emprego, havendo, ao contrário, um alto percentual de trabalhadores que laboram para o mesmo patrão por longo período de tempo. O sistema do emprego de longa duração dessas empresas é conhecido como sistema do “emprego vitalício”. Este consiste em uma prática trabalhista por meio da qual as empresas contratam um número específico de recém formados em determinadas épocas de cada ano, através de pactos por prazo indeterminado. Tais empregados trabalham de forma contínua para a mesma empresa ou empresas a ela ligadas, até se aposentarem, desde que não ocorram circunstâncias extraordinárias, como uma crise empresarial⁶⁹⁷.

⁶⁹⁵ SUGINO, Isamu, MURAYAMA, Masayuki. *Employment Problems and Disputing Behavior in Japan*. Disponível em: <http://www.jil.go.jp/english/documents/JLR09_SuginoM.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2008. p. 55.

⁶⁹⁶ UEMURA, Shunichi. Labor-Management Relations in Japan. *Labour Situation in Japan and Analysis: General Overview 2006/2007*. Disponível em: <http://www.jil.go.jp/english/laborinfo/library/documents/laborsituation06_07.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2008. p. 64-65. O autor observa, no entanto, que a “prática do emprego de longa duração vem perdendo força em razão das mudanças na estrutura do mercado de trabalho, com a queda na taxa de natalidade e o rápido envelhecimento da sociedade, assim como uma longa estagnação econômica desde a década de 1990, e a revisão do sistema salarial baseado na antiguidade na empresa está sendo proposta”. Tradução nossa.

⁶⁹⁷ ITU, Minoru. The Long-Term Employment System. *Labour Situation in Japan and Analysis: General Overview 2006/2007*. Disponível em: <http://www.jil.go.jp/english/laborinfo/library/documents/laborsituation06_07.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2008. p. 32.

Nesse sistema de “emprego vitalício”, os trabalhadores são treinados e capacitados na própria empresa, inclusive por meio de recolocação em outras funções e transferência temporária a empresas associadas. São submetidos a um plano de carreira no qual promoções e aumentos salariais são baseados no tempo de serviço. Considerando que tais obreiros, treinados durante longo período de tempo na mesma empresa, adquirem habilidades profissionais e “know-how” importantes para esta, esse sistema é mais forte em indústrias nas quais a continuidade no desenvolvimento e melhoria do produto é necessária.

Em uma pesquisa realizada pelo Instituto do Trabalho no País, em 2003, intitulada “Pesquisa sobre as Estratégias Empresariais de Recursos Humanos e a Atitude dos Trabalhadores em relação ao Trabalho”, conclui-se que 36,1% das empresas japonesas querem manter o sistema do “emprego vitalício”; 40,0 % querem mantê-lo, mas ajustando-o parcialmente; 15,3% consideram que é necessária uma revisão fundamental; 5,2% não praticam esse sistema; e 3,3% não responderam. A opinião dos trabalhadores entrevistados em relação ao sistema, por sua vez, é a seguinte: 33,7% dos obreiros são fortemente a favor; 44,3% são de certo modo favoráveis; 12,7% são de certo modo desfavoráveis; 3,4% são fortemente desfavoráveis; e 5,9% não têm opinião formada sobre o assunto⁶⁹⁸.

LUIA GALANTINO observa que o modelo da relação capital-trabalho nas empresas japonesas baseia-se em um *pacto social*: “são iluminadoras as relações de trabalho típicas do sistema japonês, no qual o consenso é prestado pelos trabalhadores com base em um pacto social que lhes garante a segurança do posto de trabalho, um progressivo desenvolvimento da própria carreira e um articulado, embora com frequência informal, processo de negociação contínua”⁶⁹⁹.

Por um lado, exige-se mais do trabalhador: o aumento do ritmo e intensidade do trabalho, a cooperação com os colegas, a identificação como seus dos objetivos da empresa. Por outro lado, em contrapartida, garante-se ao empregado a estabilidade, o trabalho por toda a vida, a progressão contínua na carreira e na remuneração com o tempo de serviço, a participação na tomada das decisões empresariais⁷⁰⁰.

O sistema do “emprego vitalício” foi estabelecido em muitas empresas durante o período de grande crescimento econômico na década de 1960. Em razão das rápidas mudanças nos negócios e das

⁶⁹⁸ ITU, Minoru. The Long-Term Employment System. p. 32-34. O autor observa que, atualmente, o percentual de empregados que trabalham continuamente na mesma empresa até se aposentarem é de 20%. Nas pequenas e médias empresas, o número de trabalhadores “vitalícios” cai quando considerados os empregados jovens e de média idade, por razões como pedido de demissão por razões pessoais, falência da empresa ou fechamento do negócio. Nas grandes empresas, um fator que vem se observando é a transferência, temporária ou permanente, de empregados de meia-idade, sobretudo os altos empregados e ocupantes de cargos de gerência, para empresas associadas ou parceiras.

⁶⁹⁹ GALANTINO, Luisa. I profili giulavoristici della qualità. p. 19-20.

⁷⁰⁰ GALANTINO, Luisa. I profili giulavoristici della qualità. p. 19-20.

inovações tecnológicas nesse período, as empresas não foram capazes de contratar os trabalhadores necessários no mercado porque eles não tinham acumulado a experiência requerida. Assim, elas precisavam que os próprios empregados adquirissem um alto nível de habilidades profissionais e técnicas através de um treinamento na própria empresa. Para concretizá-lo, fez-se necessária a instituição de um sistema de “emprego vitalício” e, com a introdução de um mecanismo contínuo de promoções e aumento salarial, esse sistema foi estabelecido. Para tanto, contribuiu a atuação da jurisprudência através da construção de precedentes no sentido da restrição às dispensas. Assim, o sistema em tela, que enfatiza a segurança do emprego, foi implementado no País, sendo apoiado por trabalhadores, empregadores e sindicatos.

Outro fator que contribuiu para essa implementação é que o sistema, na prática, não é rígido, mas, ao contrário, muito flexível. No atual estágio, em que o desenvolvimento da economia é mais lento do que no passado, ao invés de recorrerem a medidas de ajustamento do emprego drásticas, como dispensas repentinas, as empresas preferem implementar uma variedade de medidas, como limitações ao recurso às horas-extras, recolocação dos obreiros em outras funções, restrição ou descontinuidade na contratação de novos empregados e a transferência, temporária ou permanente, a empresas associadas, inclusive com a introdução de mudanças consideráveis no local de trabalho e no conteúdo das funções.

BENJAMIN CORIAT observa que, para compreender o significado do princípio do “emprego vitalício”, é necessário invocar uma série complexa de elementos. Para entender a origem do sistema, deve-se, antes de tudo, recordar um elemento central em toda a história contemporânea do trabalho no Japão: no período pós-II Guerra Mundial, a economia japonesa era marcada por uma forte escassez de mão-de-obra, sobretudo na faixa dos homens adultos e qualificados. A causa principal era, obviamente, as mortes ocorridas no conflito bélico. A situação caracterizava-se, assim, pela relativa abundância de mão-de-obra juvenil. Deve-se considerar, ainda, que um mercado de trabalho nessas condições, “tenso” e desequilibrado, era marcado por uma forte mobilidade dos empregados entre as empresas, na medida em que estes, sobretudo os jovens, aproveitavam a concorrência empresarial para obter melhores condições laborativas⁷⁰¹.

Nesse contexto, a política das empresas, de maneira racional e movida pela necessidade, buscou desenvolver técnicas para a fixação da mão-de-obra. Uma delas foi o compromisso de garantir a segurança do emprego, assim como a prática, desenvolvida no mesmo período, do aumento salarial por antiguidade, que estimula o trabalhador a acumular um maior tempo de serviço na empresa para se

⁷⁰¹ CORIAT, Benjamin. *Ripensare l'organizzazione del lavoro. Concetti e prassi nel modello giapponese*. Bari: Dedalo, 1991. p. 86-87.

beneficiar de uma remuneração mais elevada. Passado o período imediatamente após a II Guerra, por volta da metade dos anos 1960, a passagem à época do grande crescimento econômico -, caracterizado por altos investimentos em qualificação pelas empresas, em uma fase de forte expansão da oferta -, contribuiu para que o sistema do “emprego vitalício” fosse garantido de fato, na medida em que aquelas necessitavam aumentar o seu quadro de pessoal.

Sob a influência da longa recessão econômica vivenciada desde o início da década de 1990, o fato de que o custo do trabalho aumenta à medida que se eleva o tempo de serviço e de que houve um crescimento no número de obreiros que não conseguem se ajustar ao rápido desenvolvimento de novas tecnologias, notadamente aquelas da informação, impulsionou recentemente um debate sobre a revisão de práticas trabalhistas como os sistemas de “emprego vitalício” e de aumentos salariais em razão da antiguidade. A análise da realidade concreta revela que as empresas vêm realizando algumas reformas nesse sistema salarial, mas não muitas delas estão implementando revisões significativas no sistema do “emprego vitalício”. Ao contrário, há uma tendência entre as empresas de reduzir o número de empregados permanentes, submetidos a esse sistema, e aumentar aqueles não permanentes, como os contratados a tempo parcial, em relação aos quais é relativamente fácil realizar ajustes no emprego⁷⁰².

⁷⁰² ITU, Minoru. *The Long-Term Employment System*. p. 34. Benjamin Coriat observa que, não obstante a existência do sistema de “emprego vitalício”, - o qual beneficia quase que apenas os empregados das grandes empresas (apenas 30% da população empregada ativa, segundo as estimativas) -, nos períodos de recessão econômica, as empresas japonesas recorreram à redução de pessoal quando consideravam necessário. Por essa razão, o autor afirma que “o sistema dispõe assim, nesse nível, de uma ‘flexibilidade’, da qual se faz uso quando a necessidade se faz sentir”. CORIAT, Benjamin. *Ripensare l'organizzazione del lavoro*. p. 88.

5 AS POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DO DIREITO COMPARADO PARA O DIREITO BRASILEIRO

Como vimos acima, a Convenção n. 158 da OIT foi recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro com o *status* constitucional, de modo que as suas normas são parte integrante da Constituição Federal de 1988. Admite-se, no entanto, a possibilidade de alguns de seus dispositivos serem regulamentados através de lei complementar ou por meio da negociação coletiva, para melhor adequá-los à realidade do País.

Nesse sentido, pode-se invocar o Direito comparado, relativo à matéria, como fonte material, servindo de inspiração ao legislador brasileiro e às entidades sindicais negociantes. As ordens jurídicas estrangeiras podem também cumprir o papel de fonte formal, embora subsidiária, pois, nos termos do art. 8º, *caput*, da CLT, é facultado ao juiz recorrer ao Direito comparado para buscar a solução ao caso concreto⁷⁰³. Ressaltamos a importância e pertinência do Direito comparado para a implementação das mudanças necessárias na ordem jurídica de um determinado país, visando ao seu aperfeiçoamento e progresso. A sua grande utilidade se revela não apenas na obra do legislador, mas também na atuação da jurisprudência e da doutrina, como destaca RENÉ DAVID:

“O direito comparado é útil para um melhor conhecimento do nosso direito nacional e para o seu aperfeiçoamento. O legislador sempre utilizou, ele próprio, o direito comparado para realizar e aperfeiçoar a sua obra. (...) Não só o legislador pode utilizar o direito comparado para aperfeiçoar o direito. Idêntica possibilidade está aberta à doutrina e à jurisprudência. A lei pode ter um caráter nacional; o direito jamais se identifica efetivamente com a lei. A ciência do direito tem, pela sua própria natureza de ciência, um caráter transnacional. O que é editado, escrito, julgado em outro país, com a mesma estrutura e a mesma tradição do nosso, não é indiferente ao modo como o direito do nosso próprio país será explicado, interpretado e por vezes renovado, mesmo sem qualquer intervenção do legislador.”⁷⁰⁴.

Nessa ordem de idéias, a partir da exposição acima feita sobre os sistemas de proteção contra a dispensa imotivada no Direito comunitário e em diversos países, buscaremos apontar alguns exemplos

⁷⁰³ Como observa Jorge Luiz Souto Maior, referindo-se às dispensas coletivas, “o ordenamento jurídico internacional, aliás, está repleto de exemplos para se adotar como parâmetro regulatório para estas hipóteses (e o direito comparado é fonte do direito do trabalho, conforme dispõe o art. 8º da CLT)”. (grifos nossos). MAIOR, Jorge Luiz Souto. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT. p. 125.

⁷⁰⁴ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. p. 05-06.

de normas estrangeiras que bem se coadunam à regulamentação dos dispositivos da Convenção n. 158, sem a pretensão de uma exposição exaustiva da matéria.

5.1 A APLICAÇÃO DE UM TRATAMENTO DIFERENCIADO A DETERMINADOS EMPREGADOS

Como vimos, o art. 2º da Convenção n. 158 permite que se excluam algumas categorias de trabalhadores, total ou parcialmente, da proteção por ela prevista, os quais, portanto, poderiam ser dispensados de forma imotivada⁷⁰⁵. Essa exclusão faz-se presente na ordem jurídica de vários países acima analisados, inclusive no Direito italiano, onde existem alguns obreiros submetidos ao regime de dispensa “ad nutum”, conforme supra explicitado.

Quanto ao empregado doméstico, há quem defenda a sua não abrangência pelo disposto no próprio art. 2º da Convenção, que menciona “atividade econômica”, consoante acima anotado⁷⁰⁶. Há de se observar também que o parágrafo único do art. 7º, da CF/88, ao elencar os direitos conferidos a esses obreiros, não menciona o inciso I, relativo à proteção em comento. Assim, pode-se afirmar que a sua exclusão já é operada pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo a sua razoabilidade confirmada por igual dispositivo do Direito italiano -, em cuja análise foram evidenciadas as razões que a justificam, às quais se remete o leitor -, e de outras ordens jurídicas, como a sueca e a espanhola.

Com relação ao empregado ocupante de cargo ou função de confiança, a situação é diversa. Embora as leis italianas submetam os dirigentes ao regime da dispensa “ad nutum”, os contratos coletivos aplicáveis lhes asseguram um regime semelhante ao da tutela obrigatória, com o pagamento de uma indenização, mas não a reintegração. Parte da doutrina, por sua vez, defende que a lei venha a estender esse regime a todos os obreiros compreendidos nessa situação.

Na França, por exemplo, a necessidade de justificação da dispensa também se aplica aos altos empregados (quadros). A diferença em relação aos demais obreiros é que a jurisprudência tende a apreciar seu comportamento em relação à empresa com maior rigor, como vimos.

⁷⁰⁵ A Convenção n. 158 determina que essa exclusão deverá ser precedida por uma consulta às organizações de trabalhadores e de empregadores interessadas. No relatório da Conferência Internacional do Trabalho, afirma-se a necessidade dessa consulta para se avaliar o caráter *necessário* da exclusão, esclarecendo que ela é mais do que a simples prestação de informações, mas não chega a ser uma co-decisão, sendo, portanto, a oportunidade de aquelas organizações influírem efetivamente na tomada da decisão. OIT. *Proteccion contra el despido injustificado*. p. 29.

⁷⁰⁶ Lúcio de Almeida observa que “já existe uma corrente, apoiada até pelos magistrados trabalhistas, de que a Convenção n. 158 não se aplica aos domésticos”. ALMEIDA, Lúcio Rodrigues de. A convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho. p. 92.

Creemos que seja essa a melhor solução. Se o empregado que exerce uma função de confiança ocupava, anteriormente, um cargo efetivo na empresa, pode ser operada a sua reversão, nos termos do art. 468, parágrafo único, da CLT⁷⁰⁷. Mas se tiver sido contratado diretamente para exercer aquela função, a sua dispensa deverá ser motivada. Caso não o seja, faz jus ao recebimento de uma indenização, mas não à reintegração.

A exclusão dos empregados que já detenham os requisitos para se aposentar por velhice, embora sem direito ao recebimento dos proventos integrais, que não hajam expresso sua intenção em continuar a trabalhar na empresa, pode vir a ser instituída, o que, em certa medida, poderia contribuir para a abertura de novos postos no mercado de trabalho, em benefício, notadamente, dos jovens e dos desempregados.

5.2 A APLICAÇÃO DE UM TRATAMENTO DIFERENCIADO EM RAZÃO DA NATUREZA OU DIMENSÃO DO EMPREGADOR

O art. 2º da Convenção n. 158 prevê, ainda, a possibilidade de se efetuar a referida exclusão com fundamento na natureza ou dimensão do empregador. Nesse ponto, é interessante a diferenciação traçada pelo Direito italiano, criando-se dois regimes protetivos em face da dispensa imotivada: o da tutela real, que assegura o direito à reintegração, e o da tutela obrigatória, que confere ao patrão a opção entre a readmissão e o pagamento de uma indenização. Também na Alemanha e na França o regime de tutela contra a dispensa imotivada é diferenciado com base na dimensão do empregador.

Essa distinção poderia ser adotada no Direito brasileiro, garantindo um tratamento diverso a determinados empregadores, em razão de sua natureza, como as associações que tenham por objeto causas beneficentes, em virtude da presença de forte interesse público na preservação e desenvolvimento desses entes. Essa diferenciação abrangeria também as microempresas e empresas de pequeno porte, às quais a CF/88 garante um tratamento favorecido, como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IX). Esse favorecimento justifica-se em razão de essas empresas, que são as maiores empregadoras do País, deterem menor capacidade e solidez econômicas, o que as torna mais suscetíveis de sofrerem abalos com as crises e dificuldades da economia setorial ou nacional⁷⁰⁸.

⁷⁰⁷ Todavia, a Súmula n. 372, I, do TST, incorporando a ex-OJ n. 45, da SDI-I, prevê que “percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira”.

⁷⁰⁸ A defesa de um tratamento diferenciado às empresas de menor porte e capacidade financeira encontra-se também em SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova constituição*. p. 272.

Essa maior “fragilidade”, no entanto, não é atestada com segurança pelo critério eleito pelos Direitos italiano, alemão e francês: o número de empregados. Com efeito, há empresas, de elevado grau de automação e robotização, nas quais é reduzido o número de obreiros e, no entanto, é elevado o poderio econômico⁷⁰⁹. Demais disso, esse critério pode ser prejudicial aos trabalhadores, na medida em que as empresas procurarão, por todos os meios, situar-se abaixo do patamar legal, evitando novas contratações⁷¹⁰. É realmente muito difícil eleger um critério, mas talvez pudesse recorrer-se àquele estabelecido pelo legislador brasileiro para definir a microempresa e a empresa de pequeno porte (art. 3º, da Lei complementar n. 123, de 2006), qual seja, o da receita bruta anual da empresa, pois ele ao menos reflete, com maior fidelidade, a sua capacidade econômica.

5.3 O PERÍODO DE PROVA

O art. 2º da Convenção também prevê a possibilidade de se estabelecer que a proteção em tela somente passará a atuar depois de decorrido determinado período de tempo de serviço do obreiro. Esse lapso temporal, no entanto, não pode ser longo, pois frustraria essa proteção, no sentido de serem os obreiros dispensados antes de alcançá-lo⁷¹¹. Isso ocorria no regime estabilitário celetista, cujo prazo era de um ano (art. 478, §1º, da CLT), o que sinaliza que ele é muito longo para esse fim.

Nesse sentido, é interessante a solução presente no Direito italiano. Este não estabelece como regra um lapso temporal, após o qual começaria a vigor a proteção contra a dispensa imotivada, mas permite a contratação do obreiro a título de experiência. Findo esse período, pode o patrão decidir por não contratá-lo definitivamente. No Direito brasileiro, é previsto o contrato de experiência (arts. 443, §2º, “c”, e 445, parágrafo único, da CLT), que deve ser celebrado por prazo não superior a 90 dias e

⁷⁰⁹ Basta pensar nos bancos, em cujas agências, em virtude da instalação dos “caixas eletrônicos”, é reduzido o número de obreiros, o que, nem de longe, representa um reduzido poder econômico. Com efeito, “o trabalho humano, entendido como número de ocupados em uma empresa, certamente não é mais a medida da força econômica da mesma (...) atividades modestas necessitam, de fato, de um número de trabalhadores muito superior em relação a lucrativas atividades financeiras”. In PROSPERETTI, Giulio. Il ruolo dei diritti sociali nell’economia globalizzata. *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, Roma, INAIL, n. 03, p. 389-396, mai./jun. 2001. p. 391.

⁷¹⁰ Ressalta-se, no entanto, que pesquisas empíricas realizadas na Alemanha demonstraram que a decisão das empresas de realizar novas contratações não é influenciada pelo fato de isso resultar na superação do número mínimo de empregados previsto em lei, para a aplicação da tutela mais forte contra a dispensa, como vimos.

⁷¹¹ No relatório da Conferência Internacional do Trabalho, adverte-se que “um período de antiguidade no emprego excessivamente grande pode privar grande parte dos trabalhadores da proteção prevista na Convenção”, mencionando também as informações prestadas por sindicatos do Reino Unido (onde esse período é de um ano, na dispensa por motivo pessoal, e de dois anos, na dispensa por redundância), sobre a não rara ocorrência de fraudes, isto é, de obreiros que são dispensados imotivadamente antes que se complete o prazo, e, poucas semanas depois, são contratados novamente pelas empresas. Essas entidades sindicais não compartilham, portanto, da opinião do Governo britânico de que esse período de antiguidade contribui à manutenção dos postos de trabalho. OIT. *Proteccion contra el despido injustificado*. p. 22. Tradução nossa.

por escrito⁷¹². Destarte, na esteira do modelo italiano, não seria necessária a edição de norma regulamentadora alguma, posto já existir a previsão legal do contrato de experiência. Assim, caso este não seja celebrado ou não sejam respeitadas as formalidades a ele inerentes, a proteção contra a dispensa imotivada começaria a atuar desde o início do pacto empregatício. Essa solução também é adotada pelos Direitos espanhol, português, sueco, finlandês e japonês.

5.4 A DISPENSA POR MOTIVO DISCRIMINATÓRIO

O art. 5º da Convenção, ao mencionar, em rol exemplificativo, determinados motivos que não podem constituir causa justificada para a dispensa, aponta a participação do empregado no movimento sindical, em greves, a sua atuação como representante obreiro, o ajuizamento de ação contra o empregador para a satisfação de seus direitos, motivos ligados a condições pessoais (v.g., raça, cor, sexo, gravidez, religião, opiniões políticas) e a ausência do trabalho durante a licença-maternidade.

A menção expressa a determinados motivos tem um significado especial, pois se trata de razões de índole discriminatória. Nesse caso, a dispensa não se limitou a ser arbitrária, mas foi além, tendo sido ocasionada por um motivo ilícito, repudiado pelo ordenamento jurídico. O obreiro é despedido em razão de condições inerentes à sua pessoa ou em virtude do regular exercício de direitos a ele assegurados. Aponta-se, assim, para um conceito amplo de discriminação, o qual é também adotado pelo Direito italiano, como vimos. Nessas hipóteses, a resposta jurídica dada por esse último é a mesma, independentemente da categoria do trabalhador, da dimensão ou natureza da empresa, ou de o obreiro estar em período de experiência: a dispensa é nula, não produz qualquer efeito, ensejando para o empregado o direito à reintegração. A mesma solução se faz presente em quase todos os países acima analisados.

Há de se observar que o Direito brasileiro (Lei n. 9.029/95) proíbe a dispensa por motivo discriminatório, considerando-a nula. Nesse caso, pode o empregado optar entre ser reintegrado, recebendo toda a remuneração relativa ao período de afastamento, ou auferir esses valores em dobro. Essa lei, no entanto, traz um conceito mais restrito de discriminação, referindo-se apenas a condições pessoais do obreiro (sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar e idade), não mencionando hipóteses relativas ao exercício de seus direitos, como a filiação sindical ou o ajuizamento de ação contra o empregador.

⁷¹² A exigência de forma escrita é uma construção jurisprudencial. In DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 545.

Todavia, tendo a Convenção n. 158 *status* constitucional, e sendo o conceito por ela previsto mais amplo, a Lei n. 9.029/95 deve ser interpretada em conformidade a esse último, adotando-se um sentido mais abrangente de dispensa discriminatória. Mesmo que essa Convenção não detivesse superioridade hierárquica, o seu dispositivo deveria prevalecer, por força do princípio da norma mais favorável ao obreiro, peculiar ao Direito do Trabalho. Esse conceito mais abrangente está em consonância com o disposto no próprio art. 3º, inciso IV, da CF/88, que se refere a “quaisquer outras formas de discriminação”.

5.5 O DIREITO DE DEFESA DO EMPREGADO

O art. 7º da Convenção garante ao empregado o direito de defesa, que será exercido antes da sua dispensa, quando esta for motivada por razões ligadas ao seu comportamento ou ao seu desempenho. Nos diversos países acima estudados, em regra por força da lei, mas também em virtude da contratação coletiva e do regulamento empresarial, o empregador é obrigado a seguir um procedimento formal antes de efetuar esse tipo de dispensa, no curso do qual é assegurado ao empregado o direito de se defender.

Desse modo, deve-se garantir ao trabalhador o direito à defesa, consagrado no art. 5º, LV, da CF/88, no que pode ser assistido por um representante de seu sindicato⁷¹³, excluindo-se apenas as situações em que não seja razoável exigir do empregador a obediência a esse preceito, como na hipótese de uma falta grave. Poder-se-ia, no entanto, deixar de estender esse direito aos trabalhadores submetidos ao regime da dispensa imotivada, pois que, não sendo necessária a presença de uma justificativa para a sua validade, não há sentido em exigir-se do patrão a sua explicitação.

5.6 O ÔNUS DA PROVA DO MOTIVO JUSTIFICADOR DA DISPENSA

No que tange ao ônus de provar a presença de um motivo para a dispensa, o art. 9º da Convenção prevê que ele pode ser atribuído ao empregador, sendo esta a solução adotada pelas diversas ordens jurídicas acima estudadas, inclusive pelo Direito italiano.

Pode-se invocar, no Direito brasileiro, a aplicação do art. 333, I, do Código de Processo Civil (CPC), em combinação com o art. 769, da CLT. De fato, se a regra é a necessidade de que a dispensa

⁷¹³ O direito a essa assistência é mencionado pelo art. 9º da Recomendação n. 166.

seja motivada, o patrão deve provar um motivo válido, pois este é fato constitutivo do seu direito de dispensar. Esse entendimento já é aplicável no que tange às justas causas, que devem ser provadas pelo empregador. Essa distribuição do “onus probandi”, com a presunção da dispensa ilegítima, passível de ser derrubada pela prova contrária do empregador, decorre também do princípio das presunções favoráveis ao trabalhador, corolário do princípio da continuidade da relação de emprego, no que se refere à terminação do contrato de trabalho⁷¹⁴.

5.7 A REINTEGRAÇÃO DO EMPREGADO

O art. 10 da Convenção n. 158 traz à baila a discussão sobre a solução aplicável no caso de se constatar ter sido imotivada a dispensa, ao mencionar a reintegração. Este foi um dos argumentos constantes da ADIn n. 1480, como vimos, pois se alegava que a CF/88, ao se referir à indenização compensatória em seu art. 7º, I, teria afastado a reintegração. Primeiramente, essa interpretação não encontra qualquer fundamento - pois o dispositivo menciona “indenização compensatória, *dentre outros direitos*” -, além de se chocar com o princípio da norma mais favorável em sua dimensão interpretativa.

Há autores que defendem que a sanção primordialmente acolhida pela CF/88, no caso de dispensa imotivada, não é a indenização compensatória, mas, sim, a reintegração, pois apenas esta é que assegura realmente a permanência da relação de emprego. JOSÉ AFONSO DA SILVA, por exemplo, observa que “indenização não é garantia de permanência no emprego. Como se vê do texto, é uma medida compensatória da perda do emprego. Se a Constituição garante a relação de emprego, o princípio é o da sua conservação e não o da sua substituição”⁷¹⁵. No mesmo sentido se expressa JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL:

“O que quis o constituinte foi sustar o arbítrio patronal, exigindo, desde logo, a existência de um motivo válido para a despedida, sendo claro que a indenização, por si só, não repõe o dano causado pelo arbítrio. (...) se faz necessário estabelecer uma indenização quando há incompatibilidade entre as partes que inviabilize a reintegração nos casos de despedida arbitrária ou sem justa causa. A própria Consolidação das Leis do Trabalho regulamenta a indenização compensatória para

⁷¹⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 1099-1103.

⁷¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 290. Em sentido contrário se posiciona Octavio Bueno Magano, para quem a Convenção n. 158 prioriza a reintegração, ao passo que a CF/88 estabelece a indenização compensatória como única reparação cabível, exceto nos casos de estabilidade, nos termos da própria Constituição. MAGANO, Octavio Bueno. Convenção 158 da OIT. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 20 abr. 1996. p. 02.

o estável, quando incompatível sua reintegração. Creio que não pode ser outra a interpretação dada a essa atual indenização prevista nas Disposições Transitórias, e que será regulamentada por Lei Complementar, dentre outros direitos.”⁷¹⁶.

Entretanto, mesmo que, por hipótese, a reintegração não estivesse abrangida pelo art. 7º, I, da CF/88, a Convenção n. 158, recepcionada como parte integrante dessa última, veio a assegurar ao obreiro esse direito. O citado dispositivo dá preferência à reintegração, como afirmou a própria OIT⁷¹⁷. Ao obreiro dispensado imotivadamente deve-se assegurar, além da reintegração, a percepção da sua remuneração, durante todo o período de afastamento, e o ressarcimento pelas perdas e danos, inclusive morais, eventualmente sofridos em razão do ato ilegal do empregador.

Recorrendo-se ao disposto nos arts. 496 e 497, da CLT, pode-se afirmar que a reintegração somente não será ordenada se não for possível, face à extinção da empresa, ou caso se mostre desaconselhável, em razão da incompatibilidade entre as partes, o que será avaliado pelo juiz no caso concreto. Demais disso, pode o legislador nacional eleger algumas hipóteses em que não será ela cabível, como as relacionadas à dimensão ou natureza do empregador, como ocorre no Direito italiano. Somente nesses casos a reintegração cederá lugar ao pagamento de uma indenização⁷¹⁸.

Além disso, deve-se prever a possibilidade de o empregado poder optar pela indenização substitutiva, como o fazem, por exemplo, os Direitos italiano, português e sueco. BOB HEPPLÉ nota que, nos antigos países socialistas da Europa oriental, a reintegração era, em geral, a única sanção prevista para a dispensa imotivada. Todavia, atualmente, na maioria dos países desenvolvidos, mesmo quando a reintegração ou a readmissão é prevista como a sanção primordial, o obreiro pode optar pela indenização⁷¹⁹.

⁷¹⁶ MACIEL, José Alberto Couto. *Garantia no emprego já em vigor*. p. 138.

⁷¹⁷ Consta do relatório da Conferência Internacional do Trabalho que “o artigo 10, tal como está redigido, dá preferência à anulação da cessação e à readmissão como meios de reparação da cessação injustificada (...) Embora a indenização financeira sirva para compensar a perda injustificada do emprego, a anulação da cessação e a reintegração garantem a segurança do emprego, já que permitem ao trabalhador recuperar o seu emprego, e lhe oferece a possibilidade de conservar os direitos que adquiriu em termos de anos de serviço (...) Em períodos de desemprego, a readmissão pode também desempenhar um papel decisivo.” OIT. *Protección contra el despido injustificado*. p. 91. Tradução nossa. A adoção da reintegração como solução à dispensa imotivada é também defendida por Márcio Túlio Viana, na obra coletiva *Teoria e Prática da Convenção 158*. p. 60-61, por Antônio Álvares da Silva, no livro *A Convenção 158 da OIT*. p. 93, e por José Afonso da Silva, na obra *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 290.

⁷¹⁸ Bob Hepple nota que, nas diversas ordens jurídicas, quando a indenização é a única sanção ou é prevista, em determinadas hipóteses, como substitutiva da reintegração, a fixação do seu valor, em geral, é atribuída à discricionariedade do órgão competente, como o juiz, com base em determinados parâmetros, como o prejuízo sofrido pelo empregado, a sua idade, o seu tempo de serviço. Todavia, em alguns países, é previsto como um valor fixo pela norma jurídica. HEPPLÉ, Bob. *Flexibility and Security of Employment*. p. 302.

⁷¹⁹ HEPPLÉ, Bob. *Flexibility and Security of Employment*. p. 301.

Além da indenização substitutiva, o obreiro receberia também o valor da sua remuneração relativa ao período entre a data da dispensa e a decisão judicial, como ocorre na Espanha, na Suécia e em Portugal. A exemplo desse último, o valor da indenização substitutiva no Direito brasileiro poderia ser aumentado em algumas situações, como na dispensa imotivada de empregada grávida, de representante sindical obreiro e de trabalhador que sofreu acidente de trabalho.

Como vimos, na Itália e na Alemanha, nos regimes aplicáveis às empresas maiores, a dispensa imotivada é sancionada com a reintegração. No Direito alemão, no entanto, o juiz não a ordena caso considere inviável a futura cooperação entre as partes.

Na Inglaterra, no caso de dispensa injusta, a lei menciona expressamente a possibilidade de o empregado ser reintegrado no seu posto de trabalho ou readmitido pelo empregador para ocupar um posto semelhante. Mas prevê que o juiz, se considerar que a reintegração não é aconselhável no caso concreto, pode determinar a sua substituição pela indenização.

Em Portugal, a sanção prevista pela lei para a dispensa imotivada é a reintegração. Mas, em virtude de alteração legislativa em 2003, caso se trate de um alto empregado ou se o empregador for uma microempresa, este pode se opor à reintegração, devendo provar que o regresso do trabalhador é gravemente prejudicial e perturbador para o prosseguimento da atividade empresarial. A constitucionalidade dessa alteração é fortemente questionada pela doutrina, como vimos, pois antes dela o trabalhador era sempre reintegrado, caso não optasse pela indenização substitutiva.

Na Suécia, o empregado também tem direito a ser reintegrado quando dispensado imotivadamente, somente podendo o juiz decidir em sentido contrário em situações excepcionais. No Japão, a jurisprudência considera nulas todas as dispensas injustificadas, de modo que o empregado tem direito a ser reintegrado.

Na Dinamarca, o contrato coletivo firmado entre as maiores centrais sindicais obreira e patronal criou o Tribunal para as Dispensas, órgão arbitral encarregado de solucionar as controvérsias a estas relativas. Este pode ordenar a reintegração do empregado, mas, se as circunstâncias do caso demonstram que a possibilidade de cooperação entre os contratantes já foi ou provavelmente será seriamente comprometida, poderá substituí-la pelo pagamento de uma indenização. A recusa do empregador ao cumprimento espontâneo da ordem de reintegração configura uma séria violação ao contrato coletivo, razão pela qual é condenado ao pagamento de uma multa pesada.

Na Alemanha, a partir da decisão da Corte Federal do Trabalho, em 1985, caso o juiz de 1º grau decida que a dispensa é injusta, o empregado tem direito a continuar trabalhando até a decisão final do processo. Isso teve conseqüências muito importantes, pois se tornou difícil para o empregador

convencer o juiz da impossibilidade de cooperação tendo o empregado continuado a trabalhar. Além disso, o patrão passou a analisar ainda mais cuidadosamente a legalidade da dispensa antes de efetuar a dispensa, de modo que as dispensas ilegítimas tornaram-se mais raras.

Também no Direito alemão, se os representantes obreiros na empresa, comunicados pelo empregador da dispensa e de suas razões, a ela se opõem por razões precisas e o empregado interessado a contesta judicialmente, este tem direito a continuar trabalhando até a decisão final do processo.

Na Suécia, por sua vez, durante o curso da ação em que contesta a sua dispensa, o empregado é, a princípio, mantido em seu posto de trabalho, fazendo jus a todos os benefícios correlatos. Essa regra aplica-se automaticamente no caso de dispensa com aviso prévio. O empregador, no entanto, pode tentar obter uma decisão liminar para suspender o contrato de trabalho durante a pendência da ação. No caso da dispensa sem aviso-prévio ocorre o contrário: a princípio o empregado permanece afastado da empresa durante o litígio, mas pode obter uma decisão liminar em sentido contrário.

Considerando que o afastamento prolongado do emprego acarreta ao trabalhador grandes prejuízos, pois é a sua fonte de sobrevivência, sobretudo em épocas de grande desemprego, as regras do Direito sueco, acima explicitadas, poderiam ser introduzidas no Direito brasileiro. Assim, o empregado dispensado de forma motivada, mas sem justa causa (com aviso-prévio), ao ajuizar a ação, teria direito de permanecer em seu posto até o final dela, salvo que o empregador obtenha uma decisão liminar em sentido contrário⁷²⁰.

A introdução dessa norma teria efeitos muito positivos. O empregador seria menos propenso a efetuar uma dispensa imotivada e esta se tornaria mais rara, como demonstrado pela realidade alemã. Além disso, ao contrário do que ocorre nos dias atuais, ele teria grande interesse em que a ação judicial se concluísse rapidamente, contribuindo para a maior celeridade processual.

No caso de dispensa por justa causa, o obreiro teria que obter uma decisão liminar para permanecer em seu posto até o final do litígio. Nesse sentido, podem ser invocadas as atuais normas do Direito brasileiro relativas à antecipação de tutela (arts. 273 e 461, §3º, do CPC), aplicáveis ao processo do trabalho por força do art. 769 da CLT. Essa medida já é prevista expressamente pela CLT (art. 659, X), para o caso do dirigente sindical.

⁷²⁰ Antônio Álvares da Silva, inspirado no Direito alemão, defende a criação dos Conselhos de Empresa, cuja audiência prévia seria obrigatória. Se ele se posicionasse contrariamente à dispensa, o patrão deveria ajuizar uma ação para obtê-la, à semelhança do inquérito para apuração de falta grave do estável. O autor observa que não haveria uma sobrecarga da Justiça do Trabalho, pois os referidos processos substituiriam os atuais, em que os empregados dispensados pleiteiam as parcelas ditas rescisórias. Quanto à celeridade processual, afirma que esta tenderia a aumentar, pela pressão da classe patronal, vez que mais benéfica aos seus interesses, ao contrário do que ocorre nos dias atuais. *Proteção contra a dispensa na nova constituição*. p. 214.

Pode-se, no entanto, estabelecer um determinado prazo dentro do qual o trabalhador deve ajuizar a ação para pleitear a sua reintegração⁷²¹. Essa limitação justifica-se por diversos fatores, como a insegurança jurídica do patrão de ser surpreendido com um pedido de reintegração tempos após a dispensa do obreiro, a maior facilidade na obtenção de provas (sobretudo na hipótese em que o ônus é do empregado, como nas dispensas discriminatórias) e o fato de a possibilidade da reintegração tornar-se mais remota se decorrido largo período da dispensa, pois a empresa pode, inclusive, nem mais existir. Decorrido esse prazo mais exíguo, o obreiro somente poderia pleitear a indenização pela dispensa imotivada, além dos demais direitos trabalhistas, contando, para tal fim, com o prazo prescricional de dois anos, previsto pelo art. 7º, XXIX, da CF/88.

Uma questão muito discutida, - vista, notadamente, no estudo do Direito italiano -, é a consequência advinda do descumprimento da ordem judicial de reintegração. A jurisprudência da Corte de Cassação italiana tende a considerar a execução dessa ordem impossível frente à recusa empresarial. Mas a análise das ponderações da doutrina, notadamente do professor ANDREA PROTO PISANI, nos aponta em sentido contrário. Esse autor, como vimos, ao rebater os argumentos normalmente invocados pela Corte, demonstra que a execução da ordem é, sim, possível, por meio dos seguintes instrumentos jurídico-processuais: medida coercitiva consistente no pagamento dos salários, execução por um terceiro, medida coercitiva consistente na sanção penal,

Tais instrumentos devem ser utilizados, seja no caso de a reintegração ter sido ordenada em sede de tutela antecipada, seja na própria sentença. A obrigação de pagar os salários obreiros no período entre a data da dispensa e a efetiva reintegração, em regra, é prevista para os casos de reintegração (como na dispensa discriminatória no Brasil – art. 4º da Lei n. 9.029/95), pois a relação de emprego mantém-se em vigor. Mas é importante que o legislador esclareça que, mesmo que reformada a decisão judicial, esses valores não devem ser restituídos pelo obreiro, pois somente assim eles cumprirão efetivamente o papel de medida coercitiva. De todo modo, sendo a reintegração constituída por obrigações de fazer e de não fazer do empregador, com base no art. 461, §5º, do CPC brasileiro, o juiz, até mesmo de ofício, pode fixar uma multa cominatória, norma que se aplica ao processo do trabalho (art. 769 da CLT). A imposição de uma multa diária pelo magistrado, além do pagamento dos

⁷²¹ Alaor Satuf Rezende defende que esse prazo deva ser o de 30 dias, em analogia àquele estabelecido ao empregador para o ajuizamento do inquérito para a apuração de falta grave (art. 853 da CLT), sendo contado do término do aviso-prévio. VIANA, Márcio Túlio *et al.* *Teoria e Prática da Convenção 158*. p. 54.

salários obreiros, frente ao descumprimento empresarial da ordem de reintegração, é prevista pela própria CLT (art. 729)⁷²².

O Direito brasileiro também prevê, para as obrigações de fazer e de não fazer, a possibilidade de o juiz ordenar providências que assegurem um resultado prático equivalente ao adimplemento pelo devedor (v.g., cumprimento da prestação por um terceiro). Para efetivá-las, o juiz pode, até mesmo de ofício, recorrer a todas as “medidas necessárias”, como, por exemplo, a remoção de pessoas e coisas, inclusive com requisição de força policial (art. 461, §5º, do CPC, c/c art. 769, da CLT).

Apenas o último dos instrumentos citados pelo autor italiano – a aplicação de sanção penal como medida coercitiva – é que necessitaria de previsão legal expressa no Direito brasileiro. De fato, é a ausência dessa previsão que leva a maior parte da jurisprudência e da doutrina italianas a afirmar a impossibilidade da sua aplicação. Assim, poderia ser prevista expressamente, por exemplo, a aplicação do art. 330, do Código Penal brasileiro (que tipifica o crime de desobediência a ordem legal de funcionário público, cominando a pena de detenção, de 15 dias a 6 meses, e multa), à hipótese do descumprimento da ordem judicial de reintegração pelo empregador.

Assim, com exceção da sanção penal, as demais medidas processuais apontadas pelo jurista italiano como essenciais para garantir o cumprimento efetivo da ordem de reintegração já se fazem presentes no Direito brasileiro. E devem elas ser empregadas com a máxima amplitude pelo juiz, para garantir a efetividade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF/88), tendo sempre em vista a máxima de GIUSEPPE CHIOVENDA: “o processo deve dar o quanto é possível praticamente ao titular do direito tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem direito de conseguir” no plano do direito material.

Cumprir notar que a celeridade processual também é fundamental para assegurar a efetividade da reintegração, notadamente nos casos em que o obreiro não continua em seu posto de trabalho no curso do processo. Ao analisar as diversas ordens jurídicas, BOB HEPPLÉ observa que a reintegração somente funciona na prática se as demandas judiciais são julgadas rapidamente. O autor aponta o relativo sucesso do remédio na Suécia, onde as ações são solucionadas em cerca de 6 meses, em comparação com outros países em que são necessários anos para se alcançar uma decisão e, assim, os trabalhadores preferem não esperar pelo resultado⁷²³.

⁷²² Embora esse dispositivo faça referência apenas à sentença transitada em julgado, pode-se aplicá-lo, extensivamente, às hipóteses de antecipação de tutela e de execução provisória da sentença. VIANA, Márcio Túlio *et al.* *Teoria e Prática da Convenção 158*. p. 98-99.

⁷²³ HEPPLÉ, Bob. *Flexibility and Security of Employment*. p. 301.

5.8 AS DISPENSAS COLETIVAS

A necessidade da introdução, no Direito brasileiro, de normas que disciplinem a dispensa coletiva é ressaltada por NELSON MANNRICH:

“A revisão do sistema de dispensa, notadamente da dispensa coletiva, constitui instrumento de modernização das relações de trabalho subordinado. O Brasil, ao contrário de outros países, ainda não introduziu regras para disciplinar a dispensa coletiva. É incontestável a importância do tema em outras legislações, inclusive no Direito Comunitário e no próprio Direito Internacional. (...) A revisão do modelo de terminação contratual, com a introdução de um regime de dispensa coletiva, por si só, não implica geração de empregos nem inibe a dispensa do empregado, mas determinadas medidas, como proibição da hora-extra, autorização de contratos a tempo parcial, readaptação do trabalhador em outras funções, suspensão do contrato de trabalho, entre outras, podem contribuir de maneira significativa para esse fim. Nesse contexto, ressalta-se o papel do Estado na promoção dos valores fundamentais da sociedade, que não podem ser sacrificados no altar do livre jogo contratual: os ônus da dispensa devem ser repartidos.”⁷²⁴

A dispensa coletiva reveste-se de uma importância particular, por afetar um grupo considerável de trabalhadores e gerar conseqüências para a própria comunidade. Desse modo, ela deve ser regulamentada de forma adequada, seja para evitar as dispensas, seja para reduzir o número de empregados envolvidos, seja para minorar os seus efeitos, ressarcindo os obreiros dispensados e auxiliando-os a encontrar outro posto de trabalho, prevenindo, assim, conflitos maiores⁷²⁵.

Nos países acima estudados, a dispensa coletiva é regulamentada por lei e, em alguns casos, também pela contratação coletiva. A grande maioria exige, para a sua configuração, que seja dispensado um determinado número de obreiros, em um certo intervalo de tempo, por razões ligadas à empresa. Tais países prevêm procedimentos obrigatórios que devem ser seguidos pelo empregador antes de realizar a dispensa, consistindo, em regra, na informação e consulta aos representantes obreiros, notadamente aos sindicatos, e na notificação à autoridade administrativa. Tais procedimentos

⁷²⁴ O autor destaca que, frente ao aumento do desemprego, como conseqüência da crise econômica ocorrida nas últimas décadas, vários países adotaram algumas medidas legais, destacando-se a regulamentação das dispensas coletivas, o que ocorreu na Comunidade Européia e em praticamente todos os países da Europa ocidental. No Brasil, no entanto, “nada foi feito, apesar do avanço do desemprego”. MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. p. 13, 506 e 512.

⁷²⁵ O autor observa que, entre os países do Mercosul, apenas a Argentina adotou regras específicas a respeito da dispensa coletiva, inspirando-se no modelo espanhol. MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. p. 14-15 e 23.

são previstos também na Diretiva comunitária n. 59, de 1998, a exemplo das Diretivas que a precederam, às quais tiveram que se adequar os países da União Européia.

Até mesmo na China há uma lei (com o respectivo regulamento) que disciplina a dispensa coletiva (conceituada com base apenas nas razões que a motivam, não exigindo um número mínimo de obreiros a serem despedidos), estabelecendo um procedimento prévio obrigatório a ser seguido pelo empregador. Este deve consultar o sindicato e informar a autoridade administrativa⁷²⁶.

A consulta aos representantes dos trabalhadores visa buscar soluções para evitar ou reduzir as dispensas e, quanto àquelas que não puderem ser evitadas, atenuar os seus efeitos negativos. A autoridade administrativa, por sua vez, deve ser notificada porque pode cumprir vários papéis relevantes: assegurar que o empregador cumpra o procedimento previsto em lei; promover a conciliação entre este e os representantes obreiros, para que cheguem a um acordo; e ajudar os empregados dispensados a obterem um novo posto de trabalho, inclusive por meio de sua requalificação profissional.

A informação e consulta periódicas aos representantes dos trabalhadores, e não apenas na iminência da dispensa, podem cumprir um papel fundamental. Na França, por exemplo, por força da lei, o empregador deve informar anualmente por escrito ao Comitê de Empresa a evolução do emprego ao longo do ano anterior e as suas previsões para os anos seguintes relativas a este, às qualificações e às ações a serem realizadas em matéria de formação. Há um debate anual sobre o tema, o qual deve ser seguido por uma conclusão, sendo transmitida uma ata da reunião à autoridade administrativa. Normas desse tipo poderiam ser introduzidas no Direito brasileiro.

De fato, a experiência, seja a européia (notadamente a alemã), seja a japonesa, demonstra como o acesso contínuo à informação, pelos trabalhadores ou seus representantes, é muito mais importante do que a comunicação, consulta ou negociação no momento de fechamento da empresa. Em termos da manutenção das relações de emprego, prevenir-se o problema, evitando que aconteça, produz resultados muito mais eficazes do que se limitar a tentar remediá-lo, ou atenuá-lo, depois que ele já surgiu.

BOB HEPPLÉ nota que os direitos dos representantes dos obreiros de adiarem, e o seu real poder de prevenirem, as dispensas individuais e coletivas e outras mudanças maiores na empresa que afetem os postos de trabalho estão intrinsecamente relacionados à questão mais geral da participação dos trabalhadores. As formas de participação incluem: a informação, a consulta e negociação e a permissão

⁷²⁶ CHEN, Ke. People's Republic of China. *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. v. 4. coord. Roger Blanpain. The Hague: Kluwer Law International, 2004. p. 79.

ou co-determinação. O modelo de informação e consulta, que se tornou crescentemente popular nos últimos anos, é previsto como um padrão mínimo pela Convenção n. 158 (art. 13) e pela Recomendação n. 166 (art. 20), ambas da OIT, pelo Protocolo Adicional da Carta Social Européia, de 05 de maio de 1988, e pela Diretiva comunitária n. 59, de 1998.

O modelo da co-determinação, por sua vez, pode ser encontrado em relativamente poucos países. Na ex-União Soviética e em outros países socialistas da Europa oriental, a permissão prévia do Comitê sindical era necessária para as dispensas individuais e coletivas. Todavia, no período pós-socialista, essa previsão foi profundamente modificada, como na Lei russa de 1992. Na Alemanha, cujos dispositivos sobre a matéria remontam à época da República de Weimar, o Comitê de Empresa tem o direito de recusar a permissão para a contratação e a transferência de empregado em determinadas circunstâncias (essa permissão pode ser substituída por uma decisão do juiz do trabalho) e também o direito de ser ouvido antes de toda dispensa⁷²⁷.

A dispensa por motivos relacionados às necessidades da empresa é prevista pelos arts. 13 e 14 da Convenção n. 158, como vimos. Ao regulamentar esses dispositivos, o legislador brasileiro pode se pautar, por exemplo, pelas regras do Direito italiano, relativas à dispensa coletiva, que recepcionaram as normas comunitárias. A Convenção prevê uma consulta prévia aos representantes dos trabalhadores⁷²⁸ e a notificação à autoridade competente, procedimentos constantes da legislação italiana. Esta também estabelece determinados critérios, com base no número dos trabalhadores que serão alvo da dispensa, em relação às dimensões da empresa, e no lapso temporal em que se pretende efetuar-la, para que sejam observados tais procedimentos, o que pode ser adotado no Direito brasileiro. O desrespeito a essas formalidades pode ser sancionado com a invalidação das dispensas e a conseqüente reintegração dos obreiros, como prevê o Direito italiano.

Quando a dispensa coletiva não puder ser evitada, é do interesse tanto do empregador, quanto dos empregados, que existam regras claras para a seleção daqueles que serão dispensados. Entre os critérios utilizados nas ordens jurídicas acima estudadas estão: o tempo de serviço; os encargos familiares; as características sociais dos obreiros que lhe dificultam encontrar um novo posto de trabalho, como a idade, a deficiência e a invalidez; o fato de se encontrar em uma situação

⁷²⁷ HEPPLÉ, Bob. Flexibility and Security of Employment. p. 293.

⁷²⁸ A importância dessa consulta é ressaltada pela OIT: “A consulta propiciará um intercâmbio de opiniões e a manutenção de um diálogo, que indefectivelmente resultam em benefício para os trabalhadores, assim como para o empregador, ao preservar o emprego, na medida em que este seja factível, e, do mesmo modo, relações de trabalho harmoniosas e um clima social propício à continuação das atividades do empregador. A transparência é, com efeito, um elemento importante para aplacar ou moderar as tensões sociais que se criam em torno de um procedimento de término da relação de trabalho por motivos econômicos”. OIT. *Proteccion contra el despido injustificado*. p. 117. Tradução nossa.

especialmente protegida, como as empregadas grávidas e os representantes dos trabalhadores; a qualificação e as habilidades profissionais; o histórico de violação das regras do trabalho, como ausências e atrasos injustificados; e as exigências técnico-produtivas e organizativas da empresa.

Nessa escolha, deve-se rejeitar, obviamente, qualquer forma de discriminação, como aquela em razão do sexo. A exemplo do Direito italiano, devem ser respeitadas também, no Direito brasileiro, as normas legais que reservam um número mínimo de postos de trabalho a obreiros em condições especiais, como os deficientes e os reabilitados (art. 36, do Decreto n. 3298, de 1999, que regulamenta a Lei n. 7853, de 1989).

Merecem destaque os dispositivos da Recomendação n. 166 da OIT sobre a matéria (arts. 20 a 26). É prevista a necessidade de o empregador realizar uma consulta aos representantes dos trabalhadores antes de introduzir modificações na empresa, que possam vir a causar a necessidade das dispensas⁷²⁹. Prevêem-se, ainda, medidas para se evitar ou limitar ao máximo essas últimas, como a diminuição natural do quadro de pessoal, sem reposição das baixas durante certo período, transferências internas dos obreiros, programas de reciclagem e requalificação profissional, planos de aposentadoria incentivada, diminuição da duração normal do trabalho e restrição do recurso às horas suplementares.

BOB HEPPLÉ, ao analisar as ordens jurídicas de diversos países, notadamente daqueles desenvolvidos, aponta mecanismos a que se recorre anteriormente à decretação da dispensa coletiva, como forma de evitá-la. Segundo o autor, a medida utilizada com maior frequência é a redução de pessoal por meios voluntários, também denominada “desgaste natural”. Isso inclui a paralisação ou a restrição na contratação de novos empregados para preencher postos vagos. Dessa forma, as “partidas naturais” (v.g., aposentadoria) propiciam a redução do pessoal ao nível desejado. Citam-se, ainda, as transferências internas de empregados, submetidos previamente, quando necessário, à requalificação profissional. Outro meio é o estímulo às aposentadorias voluntárias por meio de incentivos econômicos, eventualmente com a assistência estatal⁷³⁰.

Em situações de queda temporária na demanda, uma medida frequentemente utilizada é redistribuir o trabalho disponível entre os empregados, por meio da redução do número de horas laboradas. Isso pode ser feito através da restrição do recurso às horas suplementares, da diminuição da

⁷²⁹ Essa consulta pode ser prevista pela legislação ou pela negociação coletiva, como forma de participação dos trabalhadores na empresa, como ocorre na Alemanha. OIT. *Proteccion contra el despido injustificado*. p. 120.

⁷³⁰ HEPPLÉ, Bob. *Flexibility and Security of Employment*. p. 284.

jornada semanal ou de “lay-offs” de curta duração. De fato, como observa o professor alemão ULRICH MÜCKENBERGER:

“É necessário identificar formas ‘justas’ de superação das crises empresariais, que, sem obstaculizar a busca dos interesses por parte das empresas, impeçam uma transmissão unilateral dos riscos sobre os trabalhadores. É, por exemplo, ‘inteligente’ e dá lugar a um compromisso a redistribuição do trabalho entre um número maior de trabalhadores no lugar da pronúncia de dispensas por motivos empresariais”⁷³¹.

Em alguns países, a compensação pela redução da remuneração ocasionada pela redução da jornada é compreendida pelo próprio seguro-desemprego pago pelo Estado (v.g., Bélgica, Irlanda, Noruega, Espanha), ao passo que em outros, como na França, existem mecanismos estatais específicos para o seu pagamento. Alguns países criaram fundos para subsidiar o pagamento de parte dos salários relativos a horas normais de trabalho não laboradas, como Áustria, Canadá, Alemanha, Japão e Itália, na qual isso ocorre através da CIG, acima estudada⁷³².

A Recomendação n. 166 dispõe também que os trabalhadores dispensados deveriam gozar de certa prioridade nas hipóteses de contratações futuras pelo empregador. Esse direito é previsto pelas diversas ordens jurídicas acima estudadas, seja pela lei, seja pela contratação coletiva. Algumas vezes essa prioridade é limitada aos trabalhadores de categorias em relação às quais se abriu o novo posto ou vale apenas durante um certo período após a dispensa, o qual, por exemplo, é de nove meses na Suécia.

A Recomendação também afirma que as autoridades estatais, com a colaboração dos empregadores e dos representantes dos obreiros dispensados, deveriam tomar medidas adequadas à colocação destes em outros postos de trabalho, através, por exemplo, de programas de formação profissional ou por meio do contato direto do patrão com outras empresas. A destinação de verbas públicas ao auxílio desses obreiros, ao lado das contribuições dos empregadores, advém do próprio fato de a sociedade ter de arcar com os custos advindos das transformações econômicas, feitas, muitas vezes, em prol de seus interesses.

Um exemplo é a convenção de conversão, prevista pelo Direito francês. Firmada entre a empresa, o Estado, o ente gestor do seguro-desemprego e o obreiro interessado, assegura a este o

⁷³¹ MÜCKENBERGER, Ulrich, WANK, Rolf, BUCHNER, Herbert. Ridefinire la nozione di subordinazione? Il dibattito in Germania. *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, Milão, Franco Angeli, ano XXII, n. 86, p. 329-350, 2000. p. 332-333.

⁷³² HEPPLER, Bob. Flexibility and Security of Employment. p. 284.

pagamento de benefícios e ações personalizadas que visam à sua recolocação no mercado de trabalho, como vimos.

No que tange à possibilidade de o juiz analisar o mérito do ato empresarial que determinou as dispensas, para avaliar a sua validade ou não, acreditamos que seja ela compatível com o Direito brasileiro. Compartilhamos, portanto, do entendimento adotado pela vertente minoritária da doutrina italiana, acima visto. A análise do magistrado encontra fundamento em diversos preceitos constitucionais, notadamente nos que afirmam que a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho humano e tem como princípios a função social da propriedade e a busca do pleno emprego (art. 170, da CF/88). Com efeito, um ato empresarial que ocasiona a supressão de postos de trabalho na empresa pode ter desrespeitado esses mandamentos constitucionais, não sendo, portanto, válido⁷³³.

De fato, como afirmado pela jurisprudência da Corte de Cassação e do Conselho de Estado na França, a mera procura de um aumento nos lucros, mesmo que constitua o objetivo primordial e legítimo de toda empresa, não pode justificar a dispensa. Do mesmo modo, uma simples diminuição conjuntural da atividade da empresa ou uma baixa da lucratividade. Nas diversas ordens jurídicas acima estudadas, como no Japão e na Itália, considera-se que o empregador tem a obrigação de manter a relação de trabalho, sendo a dispensa a última medida (“ultima ratio”) à qual pode recorrer para a solução dos problemas empresariais. Ela é considerada injustificada, por exemplo, se o patrão não tomou as medidas razoáveis para encontrar um posto de trabalho alternativo na empresa, inclusive por meio da requalificação do obreiro.

5.9 O IMPEDIMENTO DO CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL

Uma modificação de grande relevância que poderia ser instituída no Direito brasileiro concerne ao impedimento do fluxo da prescrição dos créditos trabalhistas no curso do contrato, nas hipóteses em que o obreiro não goza de uma tutela real (reintegratória) contra a dispensa imotivada. Com efeito, em tais casos o trabalhador, temeroso de perder o seu posto, não aciona judicialmente o patrão durante o contrato, o que gera a prescrição do seu crédito. Trata-se, na prática, de verdadeira renúncia a direitos trabalhistas assegurados por normas imperativas, o que é inadmissível.

⁷³³ Na Alemanha, as dispensas efetuadas em razão das necessidades da empresa não se justificam socialmente e, portanto, podem ser impugnadas, se o empregador não levou em conta considerações de ordem social, ou o fez de modo insuficiente. OIT. *Protección contra el despido injustificado*. p. 46. Em defesa da possibilidade do controle judicial do mérito de medidas empresariais que geram a dispensa, vide SILVA, Antônio Álvares. *Proteção contra a dispensa na nova constituição*. p. 193-194.

Em virtude de tais considerações, esse impedimento foi introduzido no Direito italiano pela jurisprudência criativa da Corte Constitucional, como vimos. Assim, deve também ser instituído no Direito brasileiro, para os casos em que o trabalhador encontra-se submetido à dispensa “ad nutum” ou a um regime que lhe garanta apenas o pagamento de uma indenização pela despedida imotivada. Trata-se de conferir verdadeira efetividade aos direitos trabalhistas – como os previstos no art. 7º, da CF/88 – evitando que o obreiro seja compelido a renunciar aos mesmos, em virtude do temor de perder o emprego.

Inspirado na jurisprudência italiana, o professor AROLDO PLÍNIO GONÇALVES defendeu, em obra publicada em 1983, que o prazo prescricional do Direito brasileiro aplicável aos empregados urbanos à época (2 anos, segundo o art. 11 da CLT) somente poderia fluir após a extinção do contrato de trabalho. O autor baseou-se no fato de o trabalhador, na vigência do pacto empregatício, encontrar-se em verdadeiro “estado de sujeição”, que o inibe de exigir em juízo os seus direitos. Dessa forma, a interpretação por ele defendida do art. 11 da CLT seria a única capaz de conformá-lo à Constituição de 67/69, em vigor à época, notadamente ao seu art. 160, II - que afirmava a valorização do trabalho como condição da dignidade humana - e ao art. 153, §4º - que previa o direito de ação, garantindo o acesso ao Poder Judiciário⁷³⁴.

Nota-se que tais mandamentos não somente foram previstos pela Constituição de 1988 (art. 170, *caput*, e art. 5º, XXXV, respectivamente), mas também foram ampliados. Assim, se já era possível defender essa posição sob a vigência da Constituição anterior, ela ganha força com o advento da Carta Magna de 1988, que dá um valor ainda maior aos direitos e garantias fundamentais, como o acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), o trabalho e os direitos a ele correlatos e a dignidade da pessoa humana (*v.g.*, art. 1º, III e IV, art. 3º, I, III e IV, art. 5º, XXIII, arts. 6º e 7º, art. 170, *caput* e incisos III, VII, VIII, art. 193).

Observa-se que a imprescritibilidade dos créditos trabalhistas no curso do contrato não seria uma novidade no Direito brasileiro, vez que era prevista para o trabalhador rural, tendo sido introduzida pela Lei n. 4.214/63 (antigo Estatuto do Trabalhador Rural) e mantida pela nova Lei de Trabalho Rural (Lei n. 5.889/73). Foi também acolhida pela Constituição Federal de 1988, em sua redação original (art. 7º, XXIX, alínea “b”), mas veio a ser revogada pela Emenda Constitucional n. 28, de 2000⁷³⁵.

⁷³⁴ GOLÇALVES, Aroldo Plínio. *A prescrição no processo do trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 1987. p. 24-29.

⁷³⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 264-265.

5.10 O VALOR DA INDENIZAÇÃO DEVIDA AO TRABALHADOR EM RAZÃO DA DISPENSA

Importa tecer algumas considerações sobre as indenizações devidas ao trabalhador em razão do término da relação de emprego. Tendo restado configurada a ausência de motivo para a dispensa, isto é, a sua arbitrariedade, e não sendo hipótese de reintegração (v.g., grande incompatibilidade entre as partes, resultante da lide), é devida ao trabalhador uma indenização compensatória, com fulcro no art. 10 da Convenção n. 158 e no art. 7º, I, da CF/88. Sendo a sua função proteger o obreiro contra a dispensa imotivada, o montante dessa indenização há de representar, obviamente, um ônus financeiro considerável ao empregador, para servir de verdadeiro obstáculo à rescisão contratual.

Nesse sentido, tal valor não pode corresponder à atual indenização, consistente nos depósitos do FGTS, acrescidos da multa de 40%, a qual é prevista, de modo claramente transitório, pelo art. 10, I, do ADCT. Com efeito, o seu montante não é suficiente para obstaculizar as dispensas, o que é comprovado pela alta rotatividade de mão-de-obra propiciada pelo sistema fundiário. A base dessa indenização pode ser buscada nos arts. 477 e 478 da CLT, isto é, a partir da maior remuneração contratual do obreiro multiplicada por cada ano de serviço prestado. No caso de fração de ano, o cálculo seria proporcional, ocorrendo o mesmo na hipótese de o contrato ter durado menos de um ano.

Esse valor poderá, todavia, ser majorado ou reduzido pelo juiz no caso concreto, dentro de certos limites e com base em determinados critérios (v.g., tempo de serviço, encargos familiares, idade, condições econômicas da empresa, natureza dos motivos que ensejaram a dispensa.), a serem estabelecidos pelo legislador ou pela negociação coletiva.

No Direito italiano, a dispensa por justificado motivo diferencia-se daquela efetuada por justa causa, em termos de efeitos, apenas por conferir ao empregado o direito ao aviso-prévio, como vimos. Todavia, a dispensa efetuada por uma conduta culposa do obreiro (justa causa ou justificado motivo subjetivo) é uma situação bastante diversa daquela motivada, por exemplo, por uma reestruturação da empresa, que configura um justificado motivo objetivo. Nesse caso, em obediência ao princípio da isonomia, o empregado deveria fazer jus a uma reparação apropriada, pois em nada concorreu para a sua dispensa.

Essa solução é adotada por vários dos países acima estudados. Na Espanha, o empregado dispensado por causa objetiva tem direito a uma indenização equivalente a 20 dias de salário por cada ano de serviço (o cálculo é proporcional para as frações de ano), cujo máximo são 12 mensalidades. Esse valor equivale àquele estabelecido para a dispensa coletiva. Em Portugal, na dispensa por causa

objetiva, seja ela individual ou coletiva, essa indenização é de um mês de remuneração por cada ano de serviço (no caso de fração de ano, o cálculo é proporcional) e, em todo caso, não pode ser inferior a três meses de remuneração. Na Inglaterra, ela também é prevista pela lei e seu valor aumenta com o tempo de serviço do obreiro. A doutrina inglesa apresenta fortes argumentos para justificar o seu pagamento, acima expostos, aos quais remetemos o leitor. Na Suécia, essa indenização é, em geral, prevista nos contratos coletivos.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, abre espaço a essa diferenciação, ao prever a denominada “dispensa sem justa causa” (art. 7º, I), como vimos. Nesse caso, a necessidade de conciliar os interesses obreiros e empresariais, buscada pela Lei Maior, torna a despedida válida, mas estabelece o dever de pagar uma indenização. A determinação do seu valor pode ser feita a partir dos mesmos arts. 477 e 478, da CLT, em conjunto com os critérios acima referidos. Obviamente, essa quantificação deverá atender às peculiaridades da presente hipótese, que, sendo diversa da dispensa arbitrária, merece uma resposta também diferenciada da ordem jurídica. Cumpre notar que essa indenização deve ser paga em toda dispensa ocasionada por motivos alheios à pessoa do obreiro, seja ela individual ou coletiva, como ocorre nos países acima citados.

5.11 O AVISO-PRÉVIO PROPORCIONAL AO TEMPO DE SERVIÇO

As indenizações acima referidas não se confundem com aquela devida ao trabalhador em razão da não concessão do aviso-prévio. No que tange a esse direito, poder-se-á preservar a sua exclusão na hipótese de justa causa obreira, consoante determina o art. 487 da CLT⁷³⁶, como ocorre nas diversas ordens jurídicas acima estudadas.

A Constituição Federal de 1988, como vimos, consagrou o direito ao aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço (art. 7º, XXI), mas o legislador ordinário, em lamentável inércia, ainda não cuidou de regulamentá-lo. Trata-se de grande descompasso em relação a diversos países do mundo, em que o prazo do aviso-prévio já se encontra determinado de forma proporcional ao tempo de serviço do obreiro⁷³⁷. Com efeito, isso é previsto por várias das ordens jurídicas acima estudadas – como Itália, Alemanha, França, Suécia, Dinamarca, Finlândia e Inglaterra -, em regra por meio da lei, mas também através da negociação coletiva.

⁷³⁶ Há que se observar que a hipótese mencionada no art. 482, “d”, da CLT, a saber, a condenação criminal do obreiro com trânsito em julgado, sendo um motivo alheio ao contrato de trabalho, é considerada pela doutrina italiana não como justa causa, mas como justificado motivo objetivo, sendo devida, portanto, a indenização do aviso-prévio.

⁷³⁷ OIT. *Proteccion contra el despido injustificado*. p. 100-102.

No estudo publicado em 1995 pela Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT, sobre os efeitos conferidos à Convenção n. 158 pelos Estados-membros, menciona-se que “o aumento do prazo do aviso-prévio em função do tempo de serviço constitui, invariavelmente, o critério principal para determinar a duração desse aviso.”⁷³⁸.

O empregado com maior tempo de serviço encontra-se, normalmente, também em idade mais avançada, de modo que, em geral, enfrenta maiores dificuldades para encontrar um novo posto de trabalho. Isso revela a importância do aviso-prévio proporcional, para propiciar ao obreiro dispensado, à medida que aumenta a sua antiguidade, um tempo maior para encontrar um novo posto. Além disso, é também uma forma de inibir as empresas de procederem à dispensa de empregados com maior tempo de serviço, pois esta se torna mais onerosa. Por tais razões, esse direito deveria ser prontamente regulamentado pelo legislador ordinário, como já o foi em diversos países do mundo. Frente à sua inércia, poder-se-ia lançar mão do mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CF/88), acima referido.

Por fim, cumpre ressaltar que o aviso-prévio proporcional é previsto pelo art. 7º da Constituição entre os direitos *do trabalhador*, não podendo, portanto, beneficiar o empregador, em prejuízo daquele. Desse modo, o aviso-prévio devido pelo obreiro no caso do pedido de demissão continuaria o mesmo previsto atualmente, sem qualquer majoração. Isso ocorre, por exemplo, na Dinamarca, por força da lei. Também na Suécia e na Itália, por meio da contratação coletiva, e na Finlândia, por força da lei, o aviso-prévio é maior quando é concedido pelo empregador do que quando o é pelo empregado.

5.12 A INDENIZAÇÃO DE ANTIGUIDADE E O FGTS

A Convenção n. 158 menciona em seu art. 12, além do seguro-desemprego, direito este previsto no art. 7º, II, da CF/88, o pagamento de uma indenização diversa das acima mencionadas. O seu valor seria fixado em função da remuneração do obreiro e de seu tempo de serviço, sendo paga diretamente pelo patrão ou por meio de um fundo constituído através de cotizações dos empregadores.

A indenização do FGTS enquadra-se com perfeição nesse dispositivo, pois é calculada com base na remuneração do trabalhador (sobre a qual incide o percentual mensal de 8%) e no seu tempo de serviço, além de ser proveniente de um fundo, constituído pelas contribuições dos empregadores. Há que se considerar ainda, como vimos, que o FGTS foi previsto pela CF/88 como um direito dos trabalhadores autônomo em relação à proteção da relação de emprego, não sendo, portanto, eliminado

⁷³⁸ DUPLAT, Jacques. La durée du préavis au regard de la convention n° 158 de l’OIT. p. 640. Tradução nossa.

no momento em que esta é regulamentada. Com efeito, como já notamos, o FGTS cumpre importante papel para o obreiro, em virtude da possibilidade do saque dos valores depositados, ao longo do contrato, presentes as hipóteses legais, além do fato de seus recursos serem usados pelo Governo em programas de interesse social⁷³⁹.

Por essas razões, deve ser mantido o FGTS, com as respectivas contribuições do empregador, podendo o obreiro sacar seus recursos no curso do contrato de trabalho, nos casos previstos em lei, ou no seu término, com exclusão do pagamento da multa de 40%. É esta, portanto, a indenização mencionada pelo art. 12, §1º, “a”, da Convenção n. 158. Há de se ressaltar que, no Direito italiano, existe essa indenização de antiguidade (o denominado t.f.r.), diversa das reparações pecuniárias relativas à dispensa imotivada e ao aviso-prévio, sendo ela devida, como vimos, em *qualquer* hipótese de cessação do contrato de trabalho, inclusive em caso de pedido de demissão ou de justa causa obreira⁷⁴⁰.

Assim, ao contrário da disciplina atual, poderia o legislador brasileiro estender o direito ao saque dos depósitos fundiários para o obreiro que pedisse demissão ou fosse dispensado com justa causa. Acompanhar-se-ia a evolução da natureza jurídica dessa indenização, ocorrida no Direito italiano (vide nota de rodapé n. 449), para uma retribuição pelo tempo de serviço prestado, independente da forma como findou o contrato de trabalho⁷⁴¹.

⁷³⁹ O entendimento de ser o FGTS um direito autônomo do trabalhador, que coexiste e não se confunde com a proteção contra a dispensa, é compartilhado por SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova constituição*. p. 280-284.

⁷⁴⁰ De acordo com o relatório da OIT, “em alguns países, a legislação faz da indenização por fim de serviço um direito absoluto fundado na antiguidade, e segue sendo um direito adquirido qualquer que seja o motivo do término”. OIT. *Protección contra el despido injustificado*. p. 108. A defesa do pagamento dessa indenização por tempo de serviço, mesmo em hipótese de justa causa obreira, também é feita por SILVA, Antônio Álvares da. *A Convenção 158 da OIT*. p. 101-102.

⁷⁴¹ Também na França e na Dinamarca, caso o obreiro tenha o tempo de serviço mínimo exigido em lei, ele faz jus à indenização de antiguidade, mesmo que tenha sido dispensado por justa causa, como vimos.

6 POSSÍVEIS OBSTÁCULOS À EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Ao longo deste trabalho, procuramos demonstrar que a Constituição Federal de 1988 determina que seja instituído no Brasil um sistema de proteção da relação de emprego contra a dispensa imotivada, no que foi complementada pelos dispositivos da Convenção n. 158 da OIT. Todavia, não basta que seja implementado um modelo protetivo; é necessário que este realmente tenha eficácia, que possa produzir, na prática, os efeitos desejados, assegurando efetiva proteção ao trabalhador. Como já alertava MONTESQUIEU, em seu “Espírito das Leis”: “quando visito um país não pergunto se lá existem boas leis, mas se as que existem são cumpridas”.

Nesse sentido, iremos discutir, ainda que brevemente, alguns obstáculos à efetividade da proteção ora defendida, que poderiam surgir, bem como possíveis soluções a esses problemas.

6.1 A FRAUDE NA CONFIGURAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO E O TRABALHO INFORMAL

Na realidade atual, não são raras as práticas tendentes a fraudar a legislação trabalhista, tentando camuflar a presença de uma relação de emprego sob a forma de outra relação de trabalho. Uma pessoa física aparece prestando seus serviços na condição formal de cooperado, autônomo, sócio, empreiteiro, parceiro, estagiário, quando, em verdade, é um empregado. A tendência é que, com a instituição de um sistema de proteção da relação de emprego contra a dispensa, essas práticas fraudulentas venham a se proliferar, o que causaria o efeito oposto ao desejado, tornando ainda mais frequentes as situações de contratação precária da força de trabalho no Brasil.

Todavia, pelo princípio da primazia da realidade, o que determina se uma relação de trabalho tem ou não caráter empregatício não é a sua aparência, isto é, a forma que a envolve, mas a sua essência. Assim, se na contratação de serviços de uma pessoa física, de modo pessoal e oneroso, estiverem presentes a não eventualidade e, principalmente, a subordinação, resta configurada a relação de emprego. Nesse sentido, torna-se de grande relevo o papel da Justiça do Trabalho, pois essa averiguação terá de ser feita pelo magistrado a partir da análise das circunstâncias do caso concreto.

Pode-se argumentar que isso provocará um grande recrudescimento das demandas judiciais, com o intuito de ver reconhecido o vínculo empregatício e os direitos daí advindos, entre eles o da proteção contra a dispensa imotivada, o que prejudicaria a celeridade e eficiência da máquina

judiciária. Primeiramente, temos que a lentidão processual na Justiça do Trabalho não se faz presente em todos os lugares, nem em todas as instâncias. De fato, o primeiro grau e os Tribunais de algumas Regiões propiciam uma prestação jurisdicional mais célere e, assim, dão um bom exemplo a ser seguido. Com efeito, não é apenas o excesso de demandas que ocasiona essa lentidão. Assim, devem ser implementadas medidas para combater as diversas razões que impedem o regular e célere funcionamento da Justiça, sem sacrifício da proteção de um direito de fundamental importância para o trabalhador.

Ademais, pode-se prever que a proteção contra a dispensa arbitrária irá diminuir a rotatividade da mão-de-obra e, por consequência, as inúmeras demandas de obreiros que visam obter judicialmente as parcelas ditas rescisórias. O próprio fato de se possibilitar, pela existência dessa proteção, que o trabalhador acione o patrão na vigência do contrato, poderá reduzir o descumprimento dos direitos trabalhistas (v.g. não pagamento de horas-extras laboradas e outras parcelas salariais), diminuindo, assim, o número de ações.

Além disso, caso introduzida legalmente, nos termos acima sugeridos, a imposição da continuidade da relação de emprego no curso da ação de impugnação à dispensa, isso produzirá dois efeitos positivos: o empregador será menos propenso a efetuar uma dispensa imotivada e, ao contrário do que ocorre nos dias atuais, terá grande interesse em que a ação judicial se conclua rapidamente.

Outro grave problema enfrentado na realidade brasileira é a informalidade do trabalho. De fato, segundo os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), apenas 30% da População Economicamente Ativa (PEA) – isto é, menos de 1/3 – trabalham *formalmente* como empregados. Esse dado contrasta enormemente com a realidade dos países capitalistas desenvolvidos, nos quais esse índice, em média, é de 80%⁷⁴².

Conforme um estudo realizado pela OIT, os países mais desenvolvidos sócio-economicamente do mundo são aqueles que possuem o maior percentual da PEA trabalhando formalmente como empregados. Ilustrativamente, esse percentual é 92,8% nos EUA; 92,5% na Noruega; 91,2% na Dinamarca; 90,4% na Suécia; 88,9% nos Países-Baixos; 88,6% na Alemanha; 87,2% no Reino Unido; 86,4% na Finlândia; 84,5% no Japão; 81,5% na Espanha; 73,1% em Portugal; 72,9% na Itália. À medida que decresce o nível de desenvolvimento sócio-econômico, decresce também esse índice, o qual, por exemplo, é 60,2% na Grécia; 50,9% na Turquia; 40,5% na Tailândia; 12,6% em Bangladesh; e 8,2% na Etiópia⁷⁴³.

⁷⁴² DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*. p. 134-135.

⁷⁴³ OIT. *La relación de trabajo - Conferencia Internacional del Trabajo*. 95ª Reunión. Ginebra: OIT, 2006. p. 80-88.

Em um estudo realizado pela mesma OIT, em 2000, constatou-se que nos países desenvolvidos a relação de emprego não só predomina, como também segue sendo duradoura, contrariamente a informações persistentes de que as grandes transformações haviam diminuído a sua estabilidade⁷⁴⁴.

O trabalhador informal é privado de qualquer proteção, não tendo acesso, de fato, aos direitos e garantias que lhe são assegurados pela ordem jurídica. E, temeroso de perder o seu posto de trabalho, não reclama a tutela que lhe é devida. Desse modo, para se assegurar de fato a proteção contra a dispensa imotivada – cuja implementação no Brasil é defendida neste trabalho – é necessário combater a informalidade, buscando a efetividade das normas trabalhistas. Com efeito, é fundamental a boa qualidade das normas, mas igualmente importante é que elas sejam cumpridas e aplicadas na prática.

Cumprir notar que a existência de uma proteção efetiva contra a dispensa na ordem jurídica de um país pode servir, ao contrário do que é comumente alardeado, para reduzir o fenômeno do trabalho informal, e não para agravá-lo. Nesse sentido, transcrevemos abaixo as orientações dirigidas pela CGIL aos trabalhadores, notadamente aos informais:

“São os empregadores que seguram a faca pela parte do punho. Caso se exija o respeito dos próprios direitos, o risco de ser dispensado, com muita probabilidade, é alto. Não será difícil substituir esse trabalhador ‘visto que fora há tanta gente que espera’. Talvez seria melhor ficar calado e suportar? Certamente esse é o conselho do empregador! Não o nosso, não aquele do sindicato e dos trabalhadores organizados. Mas então o que fazer? 1) A hipótese melhor é aquela de convencer o patrão que te dispensar lhe custará mais do que regularizar a tua situação, talvez com a ajuda – caso exista – do delegado sindical presente na empresa, e, de todo modo, com a ajuda de um sindicalista presente na cidade (em toda cidade existe uma Câmara do Trabalho da CGIL que poderá te ajudar). 2) Podes pedir para ser regularizado, sabendo muito bem que te dispensará imediatamente, para depois recorrer ao sindicato e ao juiz para te reintegrar no posto de trabalho ou, como ocorre em geral, receber um ressarcimento o mais alto possível.”⁷⁴⁵.

Desse modo, a possibilidade de que o trabalhador informal se dirija ao Poder Judiciário para exigir a sua regularização, com a conseqüente aplicação das normas de proteção contra a dispensa (reintegração ou pagamento de uma indenização considerável), pode induzir o patrão a regularizar a sua situação. Pode até mesmo atuar de modo preventivo, em um momento anterior, isto é, dissuadindo o empregador de recorrer ao trabalho informal, pelo temor das graves conseqüências que podem daí advir.

⁷⁴⁴ OIT. *La relación de trabajo*. p. 07.

⁷⁴⁵ CGIL. *Lavoro nero, lavoro precario*. p. 16.

A luta contra a informalidade do trabalho deve ser de interesse não apenas dos trabalhadores e de seus sindicatos, mas também das próprias empresas, para evitar essa forma de concorrência desleal baseada na exploração do trabalho humano e na violação de direitos fundamentais. Como nota GIAMPIERO PROIA, “a promoção de uma ocupação regular e de qualidade deve ser um objetivo prioritário, não apenas do sindicato dos trabalhadores, mas também das associações dos empregadores, sensíveis aos aspectos da responsabilidade social da empresa e também à exigência de combater as formas de concorrência desleal baseadas no trabalho informal.”⁷⁴⁶.

6.2 O USO INDISCRIMINADO DOS CONTRATOS POR PRAZO DETERMINADO

Outra questão que se coloca diz respeito aos contratos de trabalho por prazo determinado. A Convenção n. 158, em seu art. 2º, §1º, determina que devem ser previstas garantias adequadas contra o recurso a contratos de duração determinada, cujo objetivo seja o de eludir a proteção nela prevista⁷⁴⁷. Por esse dispositivo conclui-se que se deve permitir a contratação a termo apenas em hipóteses em que é realmente necessária, como aquelas aventadas pelo art. 443, da CLT, ou em situações em que se atende aos próprios interesses do obreiro, como é o caso dos artistas e atletas profissionais. Com efeito, para que se admita esse tipo contratual, contrário ao princípio basilar da continuidade da relação de emprego, devem existir razões que realmente o justifiquem.

JOÃO JOSÉ ABRANTES, ao comentar o art. 53 da Constituição portuguesa, que assegura o direito à segurança no emprego, observa o seguinte:

“(…) na Constituição portuguesa, o primeiro dos direitos do elenco constitucional é o direito à segurança no emprego. Tal direito, que se traduz, antes do mais, na proibição dos despedimentos sem justa causa, impregna, porém, todo o regime do contrato de trabalho (...). Outros corolários da garantia traduzem-se (...) na regra da indeterminação da duração do contrato de trabalho (com efeito, a aposição de termo resolutivo a tal contrato conflitua com a estabilidade da relação e, por isso, ela só deve ser admitida em situações excepcionais, em que objectivamente se encontre justificada pela natureza temporária do trabalho a ser prestado; não faria sentido a proibição dos despedimentos sem justa causa se, depois, se permitisse

⁷⁴⁶ PROIA, Giampiero. *Enti bilaterali e riforma del mercato del lavoro*. p. 650. Tradução nossa.

⁷⁴⁷ A Recomendação n. 166 da OIT determina, em seu art. 3º, §2º, que se deve limitar a utilização dos contratos de duração determinada “aos casos em que, por causa da índole do trabalho que se deva realizar, por causa das condições em que se deva realizar ou em razão dos interesses do trabalhador, a relação de trabalho não pode ser de duração indeterminada; b) salvo nos casos mencionados no dispositivo precedente deste subparágrafo, considerar os contratos de duração determinada como contratos de trabalho de duração indeterminada”. OIT. *Proteccion contra el despido injustificado*. p. 160-161. Tradução nossa.

que, logo à partida, o empregador pudesse fixar um prazo para o contrato”. (grifos nossos).⁷⁴⁸

Não se pode, portanto, permitir o recurso indiscriminado a essa modalidade contratual excepcional, pois isso frustraria a proteção contra a dispensa imotivada, que atua nos pactos empregatícios celebrados por tempo indeterminado. Não por acaso, por exemplo, quando foi introduzida a necessidade de motivação da dispensa no Direito sueco, em 1974, o legislador, para que essa norma não fosse eludida, também estabeleceu as hipóteses excepcionais em que poderia ser pactuado um contrato a termo, como vimos.

Nesse sentido, cumpre apontar a inconstitucionalidade da Lei n. 9.601/98, editada na esteira dos ideais de flexibilização trabalhista do Governo brasileiro à época. Esse diploma, a pretexto de criar novos postos de trabalho, instituiu uma nova modalidade de contrato por prazo determinado, que poderá ser celebrado em qualquer hipótese, desde que haja prévia negociação coletiva. Há, ainda, a previsão de prorrogações sucessivas desse pacto, dentro do prazo de dois anos, excepcionando a restrição contida no art. 451 da CLT.

Como vimos, a regra, no Direito do Trabalho, deve ser a indeterminação do prazo contratual, pois isso atende aos interesses obreiros da permanência de sua fonte de sobrevivência e da melhoria das suas condições laborativas, que invariavelmente acompanha a evolução de seu tempo de serviço na empresa. É por isso que a continuidade da relação de emprego é princípio trabalhista basilar, corolário da proteção ao obreiro, que constitui a razão de ser do Direito do Trabalho. Assim, um diploma legal contrário a esse princípio, como é o caso da Lei n. 9.601/98, viola as normas constitucionais que consagram o direito ao trabalho, como o art. 7º, *caput* e inciso I, art. 1º, inciso IV, art. 170, *caput*, e inciso VIII, além do referido dispositivo da Convenção n. 158, que integra a Carta Magna.

Desse modo, deve ser reconhecida a inconstitucionalidade dessa modalidade de contrato a termo trazida pela Lei n. 9.601/98⁷⁴⁹. A sua permanência no Direito brasileiro possibilitará que as empresas venham a adotá-la com maior frequência, visando exatamente evitar as limitações impostas pela proteção ora defendida, o que a tornaria ineficaz.

⁷⁴⁸ ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. p. 53-55.

⁷⁴⁹ O entendimento acerca da incompatibilidade da Lei n. 9.601/98 com a Constituição Federal de 1988 é defendido por DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 581-583.

6.3 REFLEXOS DA PROTEÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO NOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS E NO COMÉRCIO INTERNACIONAL

Outra questão importante é a possibilidade de que o reforço dos obstáculos impostos à dispensa imotivada no Brasil possa gerar o redirecionamento de investimentos estrangeiros para outros países em que não há esse tipo de proteção, além da perda de competitividade das empresas nacionais no mercado internacional. Isso poderia prejudicar o desenvolvimento da economia brasileira e aumentar o desemprego, o que ocasionaria o efeito oposto ao desejado, que é a proteção aos interesses do trabalhador.

Primeiramente, há de se observar, como menciona ROBERTO DI SENA JÚNIOR, que não existem estudos que comprovam que "a alocação de capital reaja sensivelmente à elevação ou diminuição dos padrões trabalhistas". Ao contrário, o que se observa é que a direção dos investimentos estrangeiros pauta-se, em regra, por outras espécies de "vantagens comparativas" oferecidas pelos países no cenário internacional, como a elevação de barreiras tarifárias, a redução da carga tributária, a disponibilização de empréstimos a juros reduzidos, a concessão de subsídios, o fornecimento de insumos a baixo custo (v.g., terras, água, eletricidade, matérias-primas, transporte, portos, imóveis, etc.), entre outras vantagens⁷⁵⁰.

Por outro lado, diversos estudos vêm desmentindo a visão de que a redução dos direitos trabalhistas possibilitaria a melhoria do desempenho comercial dos países, tornando as suas exportações mais competitivas. Ao contrário, vem-se constatando que os países que "não abraçam ou não adotam completamente padrões trabalhistas fundamentais não conseguem atrair novos investimentos, não conseguem ampliar sua capacidade de produção e certamente falharão em avançar e melhorar seu desempenho comercial". Um patamar reduzido de garantias trabalhistas, antes de ser um fator de vantagem, ocasiona perdas de eficiência na atividade empresarial, sendo, portanto, prejudicial também ao empregador⁷⁵¹.

A proteção da relação de emprego contra a dispensa imotivada, como vimos, é um dos direitos trabalhistas mais importantes e uma forte garantia para a efetividade dos demais direitos. Ela tem sido alvo de críticas de índole ultraliberal e de reformas trabalhistas, diretas ou indiretas, nos países europeus ocidentais, onde ela é presente e forte, como na França e na Itália. Por muito tempo se

⁷⁵⁰ JÚNIOR, Roberto di Sena. Padrões trabalhistas e comércio internacional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 40, n. 159, p. 301-306, jul./set. 2003. p. 304.

⁷⁵¹ PANITCHPAKDI, Supachai, CLIFFORD, Mark L. *China and the WTO: changing China, changing world trade*. Cingapura: John Wiley and Sons (Asia), 2002. p. 65 *apud* JÚNIOR, Roberto di Sena. Padrões trabalhistas e comércio internacional. p. 304.

alardeou, e ainda se sustenta, que a proteção do posto de trabalho favorece o desemprego, mas essa relação nunca foi comprovada por nenhum estudo.

Atualmente, as dúvidas sobre a existência dessa relação estão presentes, inclusive, nos textos e pesquisas das organizações internacionais mais conservadoras. Com efeito, no relatório da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), de 2004, está escrito: “no geral, as análises teóricas não fornecem respostas claras sobre o efeito da proteção do emprego sobre as taxas de ocupação e desemprego (...). Também nesse ponto os pesquisadores não são unânimes”⁷⁵².

Nesse contexto, procuraremos discutir algumas propostas e idéias que podem contribuir para assegurar a efetividade das normas trabalhistas e, assim, solucionar ou minimizar os eventuais problemas acima assinalados.

6.4 POSSÍVEIS MEIOS DE SE ASSEGURAR MAIOR EFETIVIDADE ÀS NORMAS TRABALHISTAS

6.4.1 Cláusulas sociais

Uma solução para tais problemas poderia ser o estabelecimento de patamares mínimos de direitos trabalhistas, entre eles o da proteção contra a dispensa imotivada, que deveriam ser observados por todos os países. Esse objetivo é buscado pela OIT, sem que haja, no entanto, solução verdadeiramente eficaz face à recusa do país-membro de ratificar uma Convenção, de implementar, em sua ordem jurídica, as disposições de uma Recomendação, ou de garantir o efetivo cumprimento dessas normas em seu plano interno.

Nesse sentido, vem-se discutindo a possibilidade de se regulamentar a questão no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), através da denominada "cláusula social", isto é, da inserção de padrões trabalhistas mínimos nos tratados internacionais de comércio⁷⁵³. A expressão

⁷⁵² “Overall theoretical analysis does not provide clear-cut answers as to the effect of employment protection on overall employment and unemployment (...). There too, however, researchers are not unanimous”. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Employment Outlook*. Paris: OECD, 2004. p. 80. Tradução nossa. No mesmo sentido é a posição defendida em ARTONI, R., D’ANTONI, M., DEL CONTE, M., LIEBMAN, S. Regimi di protezione del lavoro e modelli di stato sociale: una prospettiva comparata. *Working Paper*, Milão, Università Bocconi – Centre for Research on the Public Sector, n. 17, 2006. p. 07.

⁷⁵³ A OMC foi criada pelo Tratado de Marraqueche, que concluiu a Rodada Uruguai de negociações multilaterais de comércio (1986-1994) e foi assinado na cidade de mesmo nome, no Marrocos, em 12 de abril de 1994. Ela passou a vigorar em 1º janeiro de 1995, com sede em Genebra, e conta atualmente com 151 membros. O seu objetivo principal é promover negociações multilaterais entre os países-membros, com a finalidade de estimular o livre comércio e reduzir tanto barreiras tarifárias, quanto não tarifárias. O seu órgão deliberativo máximo é a Reunião Ministerial, que ocorre a cada 2 anos.

cláusula social indica, assim, "normas de tratados internacionais de comércio, bilaterais, mas notadamente multilaterais, relativas ao reconhecimento de direitos essenciais dos trabalhadores em nível internacional". A sua violação submete o Estado a "penalidades concretas consistentes na perda dos benefícios da liberalização do comércio internacional e podem incorrer na exclusão da aplicação de medidas premiais, como a concessão de preferências tarifárias adicionais."⁷⁵⁴.

A discussão sobre a inclusão de direitos trabalhistas internacionalmente aceitos pelo sistema multilateral de comércio remonta à Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Emprego, de 1947, em Havana, e aos debates sobre a criação da Organização Internacional do Comércio (OIC). A Carta de Havana, resultado final dessa conferência e firmada por 53 países, reconheceu, em seu art. 7º, que "todos os países têm um interesse comum no alcance e na manutenção de padrões trabalhistas justos"⁷⁵⁵.

Esse documento não entrou em vigor, sobretudo em razão da sua não ratificação pelos EUA, o que determinou o insucesso da criação da OIC. Em 1948, esse vazio foi preenchido com a entrada em vigor do GATT ("General Agreement on Tariffs and Trade"), por meio do Protocolo de Aplicação Provisória, ratificado por 23 países. A idéia consagrada no referido artigo, no entanto, não foi absorvida pelo GATT, que não previu nenhum dispositivo específico sobre padrões trabalhistas, com exceção do art. XX (e), que permite a proibição da importação de produtos advindos do trabalho penitenciário⁷⁵⁶.

Todavia, do ponto de vista histórico, a Carta de Havana é um marco importante na vinculação de temas sociais à agenda comercial internacional. Ela chegou a influenciar acordos comerciais no pós-II Guerra Mundial, como o Acordo Internacional do Açúcar, de 1953, no qual as partes acordaram que "com o fim de evitar a queda nos padrões de vida e a introdução de condições competitivas injustas no comércio mundial, elas irão buscar a manutenção de padrões trabalhistas justos na indústria do açúcar". Acordos multilaterais semelhantes foram concluídos para as indústrias de estanho, cacau e borracha⁷⁵⁷.

Os EUA são, certamente, os principais defensores da inclusão de padrões trabalhistas no âmbito do comércio internacional. Os países europeus, por sua vez, encontram-se divididos, sendo que apenas alguns deles, como a França e a Noruega, apóiam essa proposta. A pressão norte-americana não é recente, pois já na Rodada de Tóquio (1973-1979), o País levantou a questão, mas não conseguiu obter

⁷⁵⁴ PERONE, Giancarlo. Globalizzazione e Diritto del Lavoro: sfide e possibili risposte. *Il Diritto del Lavoro*, Roma, Fondazione Diritto del Lavoro L. A. Miglioranza, ano LXXV, p. 389-414, set./out. 2001. p. 406. Tradução nossa.

⁷⁵⁵ JÚNIOR, Roberto di Sena. O sistema multilateral de comércio e a cláusula social: a posição dos países latino-americanos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 4, n. 14, p. 317-332, abr./jun. 2003. p. 318.

⁷⁵⁶ JÚNIOR, Roberto di Sena. Comércio internacional e padrões trabalhistas: a falácia do discurso humanitário. *Seqüência*, Florianópolis, UFSC, ano 24, n. 46, p. 121-140, jul. 2003. p. 124.

⁷⁵⁷ HEPPLER, Bob. *Labour Law and Global Trade*. Oxford and Portland (Oregon): Hart Publishing, 2005. p. 129-130.

apoio. Em 1987, os EUA submeteram ao Conselho do GATT um pedido para que se formasse um grupo de trabalho para estudar as questões laborais. As alegações recíprocas entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento de “dumping social” e de protecionismo vieram à tona novamente na Rodada Uruguai (1986-1994).

Nos últimos momentos dessa Rodada, os EUA e alguns países europeus pressionaram pela inclusão de padrões trabalhistas mínimos obrigatórios nos tratados da OMC, mas não obtiveram êxito. Na I Reunião Ministerial da OMC, realizada em Cingapura, em 1996, os EUA e a Noruega propuseram a criação de um grupo de trabalho para discutir padrões laborais, o que foi amplamente rejeitado pelos países em desenvolvimento. Essa posição foi consignada expressamente no art. 4º da declaração produzida pelos países-membros da OMC ao final da reunião:

"Nós renovamos nosso compromisso para o cumprimento de padrões trabalhistas fundamentais internacionalmente reconhecidos. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) é o órgão competente para estabelecer e lidar com esses padrões, e afirmamos nosso apoio pelo seu trabalho em promovê-los. Acreditamos que o crescimento econômico e o desenvolvimento propiciados pelo aumento do comércio e a sua liberalização contribuem para a promoção desses padrões. Rejeitamos o uso de padrões trabalhistas com fins protecionistas e concordamos que a vantagem comparativa dos países em desenvolvimento com baixos salários não deve, de maneira alguma, ser colocada em questão. Nesse sentido, notamos que as Secretarias da OMC e da OIT continuarão a sua colaboração existente." (grifos nossos)⁷⁵⁸.

Não obstante a clareza dessa declaração, o Governo norte-americano, na Reunião Ministerial de Seattle, em 1999, tentou novamente introduzir o tema na pauta de discussões, mas não obteve êxito. A Declaração Ministerial de Doha, em 2001, em seu art. 8º, dispôs que a Declaração de Cingapura, no que tange aos padrões trabalhistas, ainda refletia o entendimento da Reunião Ministerial e, portanto, não deveria sofrer qualquer alteração.

Atualmente, a única referência expressa aos padrões trabalhistas nos tratados da OMC é o referido art. XX (e), do GATT, de 1947, o qual foi incorporado pela nova organização. Os defensores da introdução de sanções comerciais já fizeram várias sugestões de alteração aos acordos da OMC. Uma delas é a modificação desse art. XX para incluir as medidas necessárias ao cumprimento obrigatório dos padrões trabalhistas fundamentais. Todavia, essa alteração exacerbaria os temores de

⁷⁵⁸ WORLD TRADE ORGANIZATION. *Singapore Ministerial Declaration: adopted in December 13, 1996.* WT/MIN(96)/DEC/1 *apud* JÚNIOR, Roberto di Sena. Padrões trabalhistas e comércio internacional. p. 302.

protecionismo, porque simplesmente deixaria a cargo de cada país-membro decidir por adotar ou não medida prevista.

As sanções autorizadas pela OMC seriam, na realidade, um reforço às sanções unilaterais. Enquanto as primeiras são baseadas na lei e asseguram o devido processo legal ao país envolvido, as segundas são baseadas no poder, o que subverte as regras de Direito Internacional e encoraja o protecionismo, a discriminação e a retaliação. Os conflitos seriam decididos dentro das estruturas intergovernamentais da OMC, as quais, ao contrário da OIT, não contam com a participação dos representantes de empregados e de empregadores. A decisão caberia aos ministros de comércio, cujo objetivo primário é o livre comércio, e não os direitos trabalhistas.

Na prática, a OMC decide por unanimidade, propiciando a cada membro o poder de veto. Assim, as decisões no que tange à imposição de sanções pela violação de direitos trabalhistas seriam praticamente impossíveis de serem alcançadas. No âmbito da OIT, ao contrário, a Conferência Internacional do Trabalho pode decidir por maioria para dar cumprimento às recomendações de uma Comissão de Investigação (art. 33, da Constituição da OIT). Assim, a questão crucial é se as sanções autorizadas pela OMC seriam mais eficazes do que a ação prevista no âmbito da OIT.

Há autores que observam que a OMC constitui um sistema de resolução de conflitos para a aplicação de sanções substancialmente similar àquele previsto no art. 28 da Constituição da OIT em sua redação original, o qual nunca foi consagrado pela sua pouca funcionalidade para a missão da OIT. Se esse sistema, vigente anteriormente nessa última, não foi capaz de atingir o seu objetivo, as características institucionais da OMC o tornam ainda menos eficaz para a garantia do cumprimento de padrões trabalhistas internacionais⁷⁵⁹.

Os países em desenvolvimento, como o Brasil, vêm se opondo a esse tema, não apenas durante a vigência do GATT, mas também na Reunião de Marraqueche, que consolidou os acordos negociados na Rodada Uruguai e criou a OMC, e nas Reuniões Ministeriais seguintes, das quais a última foi aquela realizada em Hong-Kong, em 2005. Na Reunião de Cingapura, em 1996, o Brasil afirmou que a OMC não era o foro competente para tratar de questões sociais e que a possibilidade de utilização dos padrões trabalhistas para fins protecionistas era bastante concreta⁷⁶⁰.

Todavia, é notório que os países em desenvolvimento possuem pouca influência no âmbito do comércio internacional, por serem responsáveis por apenas uma pequena parcela desse último. Desse modo, possuem pouco poder de barganha e sua marginalização na OMC é inegável, embora constituam

⁷⁵⁹ HEPPLER, Bob. *Labour Law and Global Trade*. p. 150.

⁷⁶⁰ JÚNIOR, Roberto di Sena. O sistema multilateral de comércio e a cláusula social. p. 325-326.

a maior parte dos membros da organização. Por isso a discussão sobre as cláusulas sociais persiste, pela pressão dos países desenvolvidos, como os EUA. Estes, nas futuras rodadas de negociação, podem vir a impor sua vontade nesse sentido em troca da liberalização de setores que interessam aos países em desenvolvimento, como agricultura e têxteis. Por tal motivo, não se sabe até quando tais países resistirão à pressão para a inclusão das cláusulas sociais no âmbito da OMC.

No que tange à relação entre comércio internacional e direitos trabalhistas, a discussão envolve, notadamente, as convenções tidas como fundamentais pela OIT, as quais podem ser divididas em quatro categorias: liberdade de associação e negociação coletiva (Convenções n. 87 e 98); abolição do trabalho infantil (Convenções n. 138 e 182); eliminação do trabalho forçado ou obrigatório (Convenções n. 29 e 105); eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação (Convenções n. 100 e 111).

Assim, os únicos padrões trabalhistas sobre os quais se discute a aglutinação de forças da OMC e da OIT são os indicados nessas convenções fundamentais, não estando em pauta temas como jornada de trabalho, férias e remuneração, cuja complexidade é bem maior. O objetivo foi mitigar divergências, pois é bem mais fácil discutir assuntos que já gozam de relativa aceitação geral, como abolição do trabalho forçado ou infantil. Todavia, apesar da limitação aos chamados padrões trabalhistas fundamentais, há muita desconfiança por parte dos países em desenvolvimento, de modo que o único consenso obtido até então é de que esses assuntos devem ser tratados prioritariamente pela OIT⁷⁶¹.

A idéia das cláusulas sociais deve ser examinada com cautela, por ser defendida pelos países desenvolvidos para atender a seus interesses, e não propriamente para proteger os trabalhadores dos países em desenvolvimento. Essa defesa se baseia em dois argumentos principais. O primeiro, de cunho humanitário, consiste na necessidade de se garantir os direitos humanos dos trabalhadores dos países em desenvolvimento. O segundo é o fato de a legitimidade do sistema multilateral de comércio poder ser prejudicada pelos baixos padrões trabalhistas desses países, que propiciam vantagens comparativas artificiais e ameaçam os empregos e os lucros dos países nos quais esses padrões são mais elevados⁷⁶².

Os países desenvolvidos alegam que é injusta e desleal a competição entre os produtos por eles produzidos e aqueles importados de países onde os trabalhadores são mal remunerados e não lhes são asseguradas garantias sociais mínimas, falando-se em “dumping social”. Isso supostamente prejudicaria a sua economia, pela possibilidade da transferência de investimentos e de indústrias para localidades onde não hajam tantas exigências laborais. O resultado seria uma verdadeira "corrida ladeira abaixo"

⁷⁶¹ JÚNIOR, Roberto di Sena. Comércio internacional e padrões trabalhistas. p. 126-127.

⁷⁶² JÚNIOR, Roberto di Sena. Padrões trabalhistas e comércio internacional. p. 304.

("race to the bottom"): os países desenvolvidos, pela pressão sofrida, tenderiam a reduzir os seus direitos trabalhistas para assegurar a permanência de investimentos e indústrias em seu território.

Alguns autores observam que a tendência é que os países em desenvolvimento, ao longo do tempo, construam e dêem efetividade às normas trabalhistas. Todavia, na convergência entre o elevador que sobe – o Direito do Trabalho dos países emergentes – e o elevador que desce – o Direito Laboral dos países desenvolvidos –, o ponto de encontro pode se fixar em um nível muito baixo. DAN GALLIN observa que "a economia mundial é um grande nivelador, mas nivela para baixo"⁷⁶³.

Há, no entanto, opiniões em sentido contrário, como a de HARRY ARTHURS, que demonstra, por meio de três razões principais, que devemos ser otimistas quanto ao resultado dos desafios postos pela globalização ao Direito do Trabalho. A primeira razão é que este sempre foi construído não de cima para baixo, mas de baixo para cima. Isso implica muita experimentação, falhas repetidas e vários recomeços antes que se atinja um sistema inteligente e funcional. Na era da globalização, "construir de baixo para cima parece ser uma prospectiva particularmente preocupante; mas isso foi feito antes sob condições igualmente desencorajantes – durante a Revolução Industrial do século XIX, a Grande Depressão da década de 1930 e o período de reconstrução pós-guerra depois de 1945. Isso pode ser feito novamente se houver o desejo de fazê-lo."⁷⁶⁴.

A segunda razão é que os trabalhadores podem confiar com maior segurança nos direitos que eles conquistaram pela ação sindical e pela ação política. Estas são difíceis no mundo globalizado, mas não são impossíveis. Como sugerido pelo autor, "as únicas forças das empresas transnacionais são também, potencialmente, a sua única fraqueza.". A questão é se essas oportunidades serão exploradas e, caso o sejam, com qual efeito. A terceira razão é que até mesmo os maiores defensores e beneficiários da globalização "estão começando a aceitar a necessidade de conferir-lhe uma feição humana". Eles sabem que "apenas se os direitos e interesses trabalhistas forem respeitados em um grau decente as comunidades, os Estados, as empresas e os mercados globais irão gozar de uma estabilidade social e política que é tão necessária para o seu sucesso econômico de longo prazo."⁷⁶⁵.

Retomando os argumentos invocados pelos países desenvolvidos, acima referidos, o primeiro deles, de índole altruística, pode ser facilmente contestado se considerarmos que a imposição de padrões trabalhistas por meio de sanções comerciais, no caso do seu descumprimento, pode gerar o

⁷⁶³ GALLIN, Dan. Inside the new world order: Drawing the battle lines. *New Politics*, New York, Brooklyn, v. 5, n. 01, p. 107-302, 1994. p. 111.

⁷⁶⁴ ARTHURS, Harry. Who's afraid of globalization? Reflections on the future of labour law. *Globalization and the Future of Labour Law*. coord. John Craig e Michael Lynk. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 65. Tradução nossa.

⁷⁶⁵ ARTHURS, Harry. Who's afraid of globalization? p. 65-66. Tradução nossa.

efeito oposto, prejudicando ainda mais os trabalhadores dos países em desenvolvimento. De fato, como observa BRIAN A. LANGILLE:

"É certamente importante saber se determinados esforços em elevar os direitos de outros são perversos e os ferem, ao invés de ajudá-los (aspecto da perversidade). Se a imposição de sanções sobre empresas ou países que exportam os produtos advindos da exploração do trabalho infantil apenas torna a situação desses trabalhadores infantis pior (eles deixam de fabricar tapetes, ou *jeans*, por dez centavos ao dia, para quebrar tijolos por dois centavos ao dia), então este é um resultado que devemos conhecer."⁷⁶⁶

O segundo argumento, isto é, a possibilidade da ocorrência de uma "corrida ladeira abaixo" também pode ser contestado. De fato, para que esta ocorra, é necessário que se verifiquem duas situações, as quais, no entanto, ainda não foram empiricamente demonstradas por seus defensores. A primeira é a reação do capital aos padrões trabalhistas e a segunda é a competição por meio da redução desses padrões.

Quanto à primeira, como vimos, não há relatos que comprovam que a destinação do capital reaja sensivelmente à elevação ou diminuição dos padrões trabalhistas. Ao contrário, há estudos que demonstram que a presença de direitos trabalhistas reduzidos diminui a eficiência e a competitividade das empresas, como ressalta a OCDE:

"A visão que sustenta que os países com baixos padrões ganharão maior espaço no mercado de exportação em detrimento dos países com altos padrões parece carecer de suporte empírico sólido. Esses estudos também sugerem que todo medo por parte dos países em desenvolvimento de que padrões melhores poderiam afetar negativamente o seu desempenho econômico ou a sua posição competitiva nos mercados mundiais não tem uma base racional. Ao contrário, pode-se conceber que a observância de padrões trabalhistas fundamentais fortaleceria o desempenho econômico de longo prazo de todos os países." (grifos nossos).⁷⁶⁷

De fato, como nota ROBERTO DI SENA JÚNIOR, o não comprometimento dos países com os direitos trabalhistas fundamentais, longe de ser benéfico, é prejudicial ao seu crescimento econômico e

⁷⁶⁶ LANGILLE, Brian A. Eight ways to think about international labour standards. *Journal of World Trade: law, economics, public policy*, Genebra, v. 31, n. 04, p. 25-53, ago. 1997. p. 36. Tradução nossa.

⁷⁶⁷ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Trade, employment and labour standards: a study of core workers' rights and international trade*. Paris: OECD, 1996. p. 105. Tradução nossa.

desenvolvimento. Como demonstrado por KEVIN BANKS, a evidência sugere que os países que melhoram os seus padrões trabalhistas geram benefícios econômicos a longo prazo⁷⁶⁸.

Quanto à segunda situação acima citada, não se comprovou a sua configuração na realidade. Os países não definem suas regras sociais, trabalhistas e previdenciárias para influenciar fluxos comerciais, mas, sim, com base nas condições sócio-políticas e econômicas predominantes em determinado momento histórico. Assim, os padrões laborais e o comércio internacional não possuem uma relação clara e direta; em alguns casos, o nível dos direitos trabalhistas vigentes no país pode até influenciar os fluxos comerciais, mas apenas isso não é razão suficiente para legitimar sua inclusão na agenda da OMC⁷⁶⁹.

De fato, a presença de baixos padrões trabalhistas nos países em desenvolvimento reflete muito mais a precariedade do seu desenvolvimento sócio-econômico do que propriamente a sua vontade deliberada de mantê-los baixos para, supostamente, propiciar maior competitividade aos seus produtos. Nesse sentido, o problema deve ser solucionado em sua origem, ajudando esses países a superarem suas deficiências econômicas e estruturais internas, para combater as razões pelas quais os direitos trabalhistas encontram-se abaixo do nível desejado. O trabalho infantil, por exemplo, reflete a deficiência do sistema regular de ensino, a insuficiência dos salários dos obreiros adultos, entre outras questões, as quais não poderão ser corrigidas ou mitigadas através de sanções comerciais⁷⁷⁰.

Mas isso não é proposto pelos países desenvolvidos, pois dependeria de algo que não estão dispostos a fazer: a distribuição mais eqüitativa da riqueza mundial⁷⁷¹. Assim, propõem o meio mais cômodo, isto é, a punição dos países em desenvolvimento, impondo-se multas e restringindo a

⁷⁶⁸ BANKS, Kevin. The impact of globalization on labour standards: a second look at the evidence. *Globalization and the Future of Labour Law*. coord. John Craig e Michael Lynk. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 77-96.

⁷⁶⁹ JÚNIOR, Roberto di Sena. Dumping social: um tema em debate. *Revista de Direito Internacional e Econômico*, Porto Alegre, Síntese, ano 02, n. 10, p. 45-56, jan./mar. 2005. p. 55.

⁷⁷⁰ JÚNIOR, Roberto di Sena. Padrões trabalhistas e comércio internacional. p. 304. Giancarlo Perone salienta que o instrumento primordial de distribuição da riqueza, seja internamente em um país, seja em nível internacional, é o trabalho e a sua remuneração, através da promoção do nível cultural e da extensão capilar e moderna da formação profissional, de modo a se potencializar a força de trabalho, para atender às exigências da produção. Nesse contexto, as instituições públicas assumem um papel fundamental, devendo ser democráticas e participativas e agir em sinergia com as organizações da sociedade civil. In PERONE, Giancarlo. *Globalizzazione e tutela della persona*. p. 397-398.

⁷⁷¹ José Luiz Quadros de Magalhães afirma que "a superação de todas as formas de colonialismo impostas aos povos do Terceiro Mundo é a única maneira de se garantir o real exercício dos Direitos Humanos, para todos os seres humanos.". MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos Humanos na Ordem Jurídica Interna*. p. 282-283. Nessa perspectiva, questão fundamental concerne à necessidade de se rever a dívida externa dos países periféricos e os respectivos juros, altíssimos e abusivos, vez que, consumindo parte considerável da riqueza por eles produzida, impedem que essa última seja investida em seu desenvolvimento sócio-econômico. De fato, "não é possível pensar que se possa pretender um desenvolvimento que proteja os valores essenciais da pessoa por parte de Estados que são estrangulados apenas pelo pagamento dos juros". In PERONE, Giancarlo. *Globalizzazione e tutela della persona*. p. 401. Tradução nossa.

importação de seus produtos, o que somente prejudica o desenvolvimento de suas economias, tornando ainda mais distante a possibilidade de se alcançar a desejada elevação dos padrões trabalhistas.

Os países em desenvolvimento são, assim, contrários às cláusulas sociais, afirmando que se trata de uma forma de protecionismo dos países desenvolvidos e que o tema deve ser tratado pela OIT, e não pela OMC. O seu receio é bastante plausível e encontra respaldo concreto em atitudes presentes e passadas dos países centrais.

Eles sustentam, ainda, que as diferenças entre os padrões trabalhistas vigentes nos diversos países são uma fonte legítima de vantagens ou desvantagens comparativas. Essa é a posição do Brasil e vem prevalecendo nas reuniões da OMC, até porque, como vimos, os países em desenvolvimento são a maioria dos 151 membros da organização⁷⁷².

Cumprir notar que esses países, embora contrários às cláusulas sociais no âmbito da OMC, não se opõem à adoção de um patamar social mínimo. Eles discordam da utilização de sanções comerciais, mas não dos direitos trabalhistas em si. Tanto julgam importante a melhoria dos padrões laborais que a maior parte deles ratificou várias convenções da OIT.

É importante destacar que também nos países desenvolvidos, como nos EUA, existem milhões de pessoas, notadamente imigrantes, que trabalham informalmente e em condições de extrema exploração, como jornadas longas e salários ínfimos. Assim, paradoxalmente, os países centrais alegam que o seu objetivo é eliminar condições laborativas subumanas dos países em desenvolvimento, quando, na verdade, deveriam começar por fazê-lo em seus próprios territórios⁷⁷³.

Não são poucos os autores que afirmam que a tentativa de vincular padrões trabalhistas a acordos comerciais nada mais é do que protecionismo disfarçado de preocupação humanitária, como aponta PAUL KRUGMAN:

“De acordo com recentes notícias de jornais, os Estados Unidos e a França concordaram em reclamar a inclusão de padrões internacionais sobre salários e condições de trabalho na agenda das próximas negociações do GATT. Funcionários dos EUA irão, sem dúvida, afirmar que têm os interesses dos trabalhadores do Terceiro Mundo em seus corações. Países em desenvolvimento já estão em alerta, entretanto, de que tais padrões são simplesmente um esforço para negar-lhes acesso ao mercado mundial, evitando que eles façam uso da única vantagem competitiva que têm: trabalho abundante. Os países em

⁷⁷² ROCHA, Dalton Caldeira. Cláusula social. *O Brasil e a OMC*. coord. Welber Barral. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 325-337.

⁷⁷³ JÚNIOR, Roberto di Sena. Comércio internacional e padrões trabalhistas. p. 129 e 137.

desenvolvimento estão certos. Isto é protecionismo disfarçado de preocupação humanitária”⁷⁷⁴.

Desse modo, resta claro que a proposta de se adotar sanções comerciais para elevar direitos trabalhistas, além de ser equivocada do ponto de vista humanitário, na verdade apenas disfarça os interesses protecionistas dos países desenvolvidos.

Os países em desenvolvimento, entre eles o Brasil, por sua vez, não devem se limitar a defender a manutenção dos investimentos das transnacionais em seus territórios, mas também criar mecanismos eficazes para controlá-los e potencializá-los. Isso para propiciar que o capital estrangeiro contribua efetivamente ao progresso sócio-econômico interno e não apenas se aproveite do custo relativamente baixo da força de trabalho e de outros recursos locais, sem uma contrapartida adequada.

Cumpra notar que a própria invocação da noção de “dumping social”, para caracterizar a situação em comento, é totalmente imprópria. O “dumping” é definido pelo art. VI.1 do GATT, de 1947, nos seguintes termos: “as partes contratantes reconhecem que o dumping que introduz produtos de um país no comércio de outro país, por valor abaixo do normal, é condenado se causa ou ameaça causar prejuízo material a uma indústria estabelecida no território de uma parte contratante, ou se retarda, sensivelmente, o estabelecimento de uma indústria nacional.”.

O valor normal, por sua vez, é conceituado como “o preço efetivamente praticado para o produto similar nas operações mercantis normais, que o destinem a consumo interno no país exportador”. Desse modo, configura-se o “dumping” quando o preço de exportação do produto é inferior ao seu preço de venda no mercado interno do país exportador⁷⁷⁵.

A partir desse conceito, percebe-se que a expressão “dumping social” é absolutamente inadequada, pois não se presta a qualificar a situação que busca descrever. De fato, o preço praticado no mercado interno do país exportador não necessariamente é inferior ao praticado externamente, pois, em regra, é a mesma mão-de-obra, sub-remunerada e sub-tutelada, que produz em ambas as situações. O “dumping” somente restaria configurado caso os salários reais pagos pelas indústrias exportadoras fossem inferiores à média nacional, o que não é o caso.

Assim, o denominado “dumping social” não preenche os requisitos necessários para a caracterização do “dumping” no âmbito da OMC. Isso confirma que as propostas que defendem sua regulamentação “apenas disfarçam tentativas ainda frustradas de erigir novas barreiras ao livre

⁷⁷⁴ KRUGMAN, Paul. Does third world growth hurt first world prosperity? *Harvard Business Review*, Boston, v. 72, n. 04, p. 113-121, jul./ago. 1994. p. 121. Tradução nossa.

⁷⁷⁵ JÚNIOR, Roberto di Sena. Dumping social. p. 46-47.

comércio, privilegiando os países desenvolvidos”, pois os padrões trabalhistas obrigatórios serão aqueles por eles já atingidos⁷⁷⁶.

6.4.2 Responsabilidade social da empresa

Algumas propostas alternativas, no entanto, são interessantes, como o estabelecimento de programas de colaboração técnica entre a OIT e a OMC, para incentivar os países a promoverem a justiça social, através de práticas efetivas de educação pública e de erradicação da pobreza⁷⁷⁷. Por meio dessa colaboração, poder-se-ia também implementar, com a ajuda dos empresários e dos trabalhadores, certificados ou selos de obediência às normas trabalhistas, em analogia aos que já existem, relativos ao respeito ao meio-ambiente⁷⁷⁸. Poderia incentivar-se o consumo de bens contemplados com essa certificação, através de intensa campanha educativa dirigida ao mercado⁷⁷⁹.

O norte-americano MILTON FRIEDMAN, que, juntamente com o austríaco FRIEDRICH HAYEK, foram os grandes idealizadores do neoliberalismo, afirmava que a única responsabilidade da empresa é gerar lucro, para ser distribuído aos acionistas. Mas essa idéia somente pode prevalecer no contexto de um Estado Liberal, sendo vedada pelas novas Constituições sociais, sobretudo aquelas promulgadas após a II Guerra Mundial⁷⁸⁰. A Constituição Federal de 1988, por exemplo, consagrando o modelo do Estado Democrático de Direito, adota o princípio da subordinação da propriedade – e, portanto, da empresa – à sua função sócio-ambiental (arts. 170 e 186). Assim, a empresa é também responsável

⁷⁷⁶ JÚNIOR, Roberto di Sena. *Dumping social*. p. 52 e 54.

⁷⁷⁷ Vide o estudo conjunto da OIT e da OMC sobre a relação entre o trabalho e o comércio internacional e a maneira como as políticas comerciais e as políticas de mercado de trabalho afetam essa relação: JANSEN, Marion, LEE, Eddy. *Trade and employment: challenges for policy research. A joint study of the International Labour Office and the Secretariat of the World Trade Organization*. Genebra: OIT, 2007.

⁷⁷⁸ Um novo alvo de disputas entre as empresas é a inclusão em índices (ou selos) de sustentabilidade das principais bolsas de valores do mundo. O selo mais conhecido é o “Dow Jones World Sustainability Index”, criado em 1999, o qual abrange um número maior de empresas a cada ano. Para ter direito ao selo, estas têm que atender a critérios econômicos, ambientais e sociais. Os critérios econômicos são “códigos de conduta contra corrupção e suborno, governança corporativa e gestão de crises”; os sociais são “filantropia e contribuição social da empresa, condições de trabalho, desenvolvimento do capital humano, atração e retenção de talentos”; e os ambientais são “performance (eco-eficiência) e relatórios ambientais”. Entre os BRIC, expressão criada pelo banco Goldman-Sachs para designar os países emergentes que devem se tornar potências (Brasil, Rússia, Índia e China), o Brasil é o único presente no índice em questão, sendo sete as empresas brasileiras que já contam com ele. Esse selo “tem sido usado pelas empresas para ganhar a simpatia do público e dos consumidores. Muitas colocam o logotipo em seus balanços anuais”, de modo que “os avaliadores têm também a missão de evitar que o índice vire apenas mais uma ferramenta de marketing.”. BAUTZER, Tatiana. Aumenta disputa pelo “selo” do Dow Jones. *Valor Econômico*, caderno Valor Especial, São Paulo, 18 out. 2007. p. F4.

⁷⁷⁹ ROCHA, Dalton Caldeira. Cláusula social. p. 337. Para a efetividade desse mecanismo, é essencial a ação coordenada de organizações e movimentos de trabalhadores e consumidores, através, por exemplo, da boicotagem. In PERONE, Giancarlo. *Globalizzazione e Diritto del Lavoro*. p. 411.

⁷⁸⁰ VIANA, Márcio Túlio. *Responsabilidade social da empresa*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006. Notas de aula.

frente à sociedade como um todo - fornecedores, consumidores, seus próprios trabalhadores -, e não somente perante os seus acionistas.

Para o desenvolvimento da noção de responsabilidade social da empresa contribuiu também uma característica da pós-modernidade: a grande preocupação com a aparência, com a estética, muitas vezes mais do que com a própria ética. Preocupam-se com a aparência tanto a empresa, para construir uma boa imagem e conquistar o mercado, quanto o próprio “consumidor responsável”, que almeja parecer correto, ético, frente aos demais⁷⁸¹. Outro fator que contribui para essa ideia é o sentimento de culpa pela miséria e desigualdade social; para alcançar uma sensação de conforto, consomem-se produtos dotados de selos que atestam, por exemplo, o cumprimento dos direitos trabalhistas⁷⁸².

Embora considerado frequentemente como um conceito novo, exemplos de comportamentos empresariais responsáveis podem ser encontrados já na época da Revolução Industrial. Nesse período, alguns empresários adotaram uma abordagem “paternalista”, devotando maior atenção aos aspectos sociais e humanos dos seus negócios. Um pioneiro foi o britânico ROBERT OWEN, conhecido como “pai do cooperativismo”. Ele organizou, no início do século XIX, uma série de vilas sociais ao redor das suas fábricas de tecido em Lanarkshire, na Escócia. Elas eram usadas para a educação dos empregados e seus filhos, além de oferecer serviços de saúde, cooperativas de alimentos, atividades de lazer, etc. A doutrina do “owenismo” tornou-se tão popular que logo foi exportada para os EUA, onde práticas similares foram introduzidas em várias fazendas de algodão.

Mais recentemente, durante a década de 1980 e início dos anos 1990, muitas multinacionais em todo o mundo atentaram para o conceito em tela, após terem sido surpreendidas pela reação pública a questões que até então consideravam excluídas da sua esfera de responsabilidade. Numerosos escândalos resultantes de más práticas e comportamentos negligentes das empresas impulsionaram um número crescente de organizações da sociedade civil e grupos de interesse a exigirem que as empresas sejam mais responsáveis por suas ações frente à comunidade.

O tema da responsabilidade social da empresa (RSE) também ganhou espaço nos debates políticos. Na maioria dos países desenvolvidos, os Governos promoveram iniciativas significativas para implementá-la, por meio de projetos com as empresas, sindicatos e grupos de interesse. Foi criada, no âmbito da União Européia, a RSE-Europa, uma organização que visa aumentar a consciência e o

⁷⁸¹ Segundo dados do Instituto Akatu, que é uma ONG que promove o consumo consciente, “78% dos consumidores baseiam-se em práticas de responsabilidade social para avaliar os serviços de uma empresa e cerca de 40% dos compradores estão dispostos a pagar mais por produtos que não agridam o meio ambiente.”. SARAIVA, Jacílio. Responsabilidade social e inovação: motor de ideias. *Valor Econômico*, caderno Valor Especial, São Paulo, 18 out. 2007. p. F1.

⁷⁸² VIANA, Márcio Túlio. *Responsabilidade social da empresa*.

entendimento mútuo entre os países-membros sobre os princípios da RSE. Como resultado desses processos, essa última está na ordem do dia das agendas empresariais e políticas.

A RSE se insere na idéia de desenvolvimento sustentável, a qual apresenta diversas dimensões: econômica (geração de empregos, investimentos na produção, pagamento de tributos, etc.); ambiental (visa-se à máxima preservação do meio-ambiente no processo produtivo, como as tecnologias que permitem reduzir a poluição, o reflorestamento, etc.); e social. Nessa última dimensão é que se insere a responsabilidade social da empresa, seja no âmbito interno - com relação aos próprios empregados, não só cumprindo os direitos trabalhistas, mas também promovendo programas de formação profissional, educação, lazer, etc. -, seja no âmbito externo, isto é, em relação à comunidade (consumidores, fornecedores, etc.)⁷⁸³.

Em geral, a RSE é definida como iniciativas voluntárias por parte das empresas para implementar medidas que vão além das suas obrigações legais. A União Européia definiu-a como “um conceito em que as empresas incorporam as questões ambientais e sociais nas operações e negócios e nas relações com seus acionistas, por iniciativa voluntária”⁷⁸⁴.

Os códigos de conduta elaborados pelas empresas se enquadram na idéia de responsabilidade social. Segundo FELICE TESTA, esse código, que contém “o elenco dos compromissos assumidos pelo empregador em relação aos próprios empregados”, pode “ser utilizado para atenuar os problemas sociais postos pela globalização da economia”. Uma das razões que levam as empresas, sobretudo as multinacionais, a adotá-lo é o seu interesse em “dar uma imagem de si de qualidade social, sobretudo quando operam em zonas de baixo conteúdo nesse sentido, porque talvez ainda subdesenvolvidas”⁷⁸⁵.

Como as multinacionais estão presentes na maior parte do mundo, esses códigos “têm uma grande possibilidade de difusão e isso pode ter efeitos certamente positivos na luta contra a exclusão social transnacional, considerando também que à importância econômica das multinacionais para a maior parte dos países que as hospeda corresponde frequentemente uma importante ingerência das

⁷⁸³ Em novembro de 2007, reuniu-se em Viena, na Áustria, um grupo de trabalho criado para elaborar a ISO 26000, uma norma internacional sobre responsabilidade social, considerada “a mais abrangente e polêmica de que se tem notícia nos 60 anos da ISO”, sendo “a primeira vez que a ISO deixa o campo técnico”. De fato, a ISO 26000 não será uma norma certificadora, como a ISO 9000 (relativa à qualidade), mas, sim, “um guia de diretrizes e de orientações sobre responsabilidade social” e, como toda norma ISO, é de adesão voluntária. Esse guia será publicado em novembro de 2009. MATURO, Jussara. ISO 26000 vai ter caráter abrangente: primeiro padrão de diretrizes sobre responsabilidade social será publicado em 2009. *Valor Econômico*, caderno Valor Especial, São Paulo, 18 out. 2007. p. F3.

⁷⁸⁴ LINNI, Marianna, THORSEN, Sune Skadegaard. ILO and CSR – minimum human rights standards for corporations. *Governance, international law and corporate societal responsibility*. coord. Jean-Claude Javillier. Genebra: OIT, 2007. p. 75-76.

⁷⁸⁵ TESTA, Felice. Regole anti-dumping sociale nella contrattazione collettiva del mercato globale. *Il Diritto del Lavoro*, Roma, Fondazione Diritto del Lavoro L. A. Miglioranza, ano LXXVII, n. 06, p. 839-854, nov./dez. 2003. p. 854. Tradução nossa.

mesmas sobre as escolhas desses países sobre a efetividade de um desenvolvimento social das condições da mão-de-obra.”⁷⁸⁶.

Em nível nacional, já existem várias estratégias para torná-los obrigatórios, uma vez elaborados: na França, invoca-se a responsabilidade (no caso, do empresário) por ato unilateral, prevista no Código Civil; no Reino Unido, apela-se para a presunção (relativa) de que aquelas regras integram os contratos de trabalho; nos Estados Unidos, utiliza-se a idéia de que toda declaração pública acarreta obrigações para quem a faz⁷⁸⁷.

A efetividade dos códigos de conduta depende muito da força do movimento sindical e da conscientização dos consumidores de determinado país. Com efeito, nos países em desenvolvimento, as multinacionais têm tido pouco interesse em torná-los efetivos. O problema se agrava em relação aos subcontratados: poucas empresas se preocupam em pressioná-los para seguirem os seus códigos. Na Europa, começam a surgir contratos coletivos impondo o cumprimento desses códigos, não só pelas empresas que os elaboram, mas também por suas parceiras, o que abre a possibilidade de se responsabilizar também os subcontratados.

Outro instrumento que vem sendo utilizado são os denominados acordos-quadro, como aqueles internacionais, firmados entre uma empresa transnacional e um sindicato organizado em nível internacional. Segundo VERENA SCHMIDT, ele é um primeiro passo para elevar os contratos ao nível mundial e uma forma de ir além dos códigos de conduta voluntários, os quais podem ser simplesmente uma jogada de “marketing”. As empresas que assinam esses acordos se comprometem a respeitar os direitos trabalhistas fundamentais, reconhecidos internacionalmente. Um exemplo é o acordo-quadro firmado entre o sindicato internacional dos trabalhadores da construção e da madeira e a multinacional sueca IKEA, fabricante e vendedora de móveis. Esse acordo ajudou a elevar os padrões trabalhistas em países como Polônia, Malásia e China⁷⁸⁸.

Todavia, um dos problemas práticos encontrados é estender o alcance desses acordos, de modo que eles possam abranger as redes de fornecedores e subcontratados das multinacionais, notadamente nos países periféricos. Essa extensão poderia contribuir para a elevação e a efetividade dos direitos trabalhistas nesses últimos.

⁷⁸⁶ TESTA, Felice. Regole anti-dumping sociale nella contrattazione collettiva del mercato globale. p. 854.

⁷⁸⁷ VIANA, Márcio Túlio. A flexibilização pelo mundo: breves notas do XVIII Congresso Mundial de Direito do Trabalho e Seguridade Social. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3º Região*, Belo Horizonte, TRT da 3º Região, n. 73, p. 29-38, jan./jun. 2006. p. 35-36.

⁷⁸⁸ SCHMIDT, Verena. Editorial Overview. *Trade union responses to globalization: a review by the Global Union Research Network*. coord. Verena Schmidt. Genebra: OIT, 2007. p. 02-03.

Essas novas fontes normativas - como os códigos de conduta e os acordos-quadro - têm um grande potencial, se bem trabalhadas e conduzidas; elas não devem ocupar o lugar da lei, mas somente complementá-la. De fato, uma “soft law” não pode substituir a “hard law”, mas apenas reforçá-la⁷⁸⁹.

6.4.3 Formação de blocos regionais

O único exemplo significativo e bem-sucedido que temos atualmente é a União Européia (UE). Até o presente momento, apenas a UE conseguiu instituir um projeto político, social e econômico que vai muito além de um simples mercado comum. A idéia é utilizar o bloco regional para proteger as empresas e, assim, os respectivos trabalhadores, da concorrência mundial, através de políticas protecionistas, que privilegiam o mercado regional e que os Estados, isoladamente, não teriam força para implementar. A Europa funcionaria, assim, como um antídoto à liberalização mundial do comércio e dos mercados, para cumprir o seu objetivo de “melhorar as condições de vida e de trabalho dos indivíduos, permitindo a inclusão social no seio do progresso”, consoante prevê o art. 117 do Tratado de Roma. Como observam JOHN CRAIG e MICHAEL LYNK:

“Internacionalmente, as conquistas promissoras da experiência européia, com acordos supranacionais como um meio de promover as normas trabalhistas, e as bem mais modestas tentativas nas Américas de incluir padrões trabalhistas voluntários juntamente com os acordos regionais de comércio, estimularam a imaginação intelectual e social acerca da possibilidade de novas estruturas internacionais e continentais para assegurar os direitos trabalhistas. (...) elas contêm em si o potencial de se tornarem as plataformas para instituições mais substanciais e regras mais efetivas, que podem complementar o conjunto das leis trabalhistas nacionais”⁷⁹⁰.

6.4.4 Sindicalismo internacional

“Quando os trabalhadores de qualquer lugar do mundo perdem a liberdade, resta ameaçada a liberdade dos trabalhadores de todo o mundo”.⁷⁹¹

⁷⁸⁹ VIANA, Márcio Túlio. A flexibilização pelo mundo. p. 37.

⁷⁹⁰ CRAIG, John, LYNK, Michael. Introduction. *Globalization and the Future of Labour Law*. coord. John Craig e Michael Lynk. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 03-04. Tradução nossa.

⁷⁹¹ Frase de George Meany, ex-Presidente da AFL-CIO. In BREITENFELLNER, Andreas. El sindicalismo mundial, un posible interlocutor. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, v. 116, n. 04, p. 575-603, 1997. p. 575.

“É preciso inverter o lema de pensar mundialmente e atuar localmente. Agora é necessário atuar em escala mundial”.⁷⁹²

“Os operários não têm pátria. (...) Proletários de todos os países, uni-vos!”⁷⁹³

Outra idéia que se discute é a atuação sindical transnacional, notadamente por meio da celebração de contratos coletivos entre empresas multinacionais e sindicatos internacionais, cuja legitimidade já foi reconhecida inclusive pela OIT, em sua Declaração tripartite de princípios sobre as empresas multinacionais e a política social, de 1977⁷⁹⁴.

No período pós-II Guerra, os trabalhadores dos países desenvolvidos e seus sindicatos atuaram essencialmente dentro dos Estados, protegidos por um consenso nacional fundado no fordismo, keynesianismo e protecionismo. Ainda que mantivessem um certo grau de coordenação internacional, atuavam como grupos de pressão frente aos seus respectivos Governos, que continuavam sendo os árbitros da política externa.

Todavia, a partir das mudanças ocorridas, sobretudo, a partir da década de 1970 (liberalização dos mercados, novas tecnologias, globalização)⁷⁹⁵, o capital internacional e as empresas multinacionais alcançaram uma enorme capacidade de pressão e de negociação frente aos Estados e aos sindicatos, que permaneciam circunscritos a um determinado território. Evidenciava-se cada vez mais a disparidade entre o grau de mobilidade do capital e aquele da mão-de-obra⁷⁹⁶. Tornava-se óbvio que, se as empresas e o capital se mundializavam, os Governos e os sindicatos, para enfrentá-los, deveriam fazer o mesmo.

Nos dias atuais, a necessidade da atuação do sindicato em nível mundial se torna cada vez mais evidente e decorre da própria lógica que leva os trabalhadores a se organizarem: sem essa união não há força suficiente para enfrentar o capital. Os sindicatos devem reproduzir no plano mundial a função que

⁷⁹² Frase de D. MacShane. In BREITENFELLNER, Andreas. El sindicalismo mundial. p. 586.

⁷⁹³ MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. Bauru: EDIPRO, 1998. p. 87 e 104.

⁷⁹⁴ PERONE, Giancarlo. *Globalizzazione e Diritto del Lavoro*. p. 409.

⁷⁹⁵ O Fundo Monetário Internacional (FMI) descreve a mundialização como “a interdependência econômica cada vez maior dos países de todo o mundo devido ao contínuo aumento e à diversidade das trocas transfronteiriças de bens e serviços e dos fluxos internacionais de capital, assim como à difusão mais rápida e geral da tecnologia”. FMI. *Programa de acción 1997-2001*, Ginebra, 1997, p. 45. O comércio e os investimentos transfronteiriços já ocorriam no final do século XIX, mas a mundialização dos mercados financeiros constitui um processo realmente novo. Pouco a pouco o dinheiro foi afastado das suas funções na economia produtiva, surgindo uma espécie de “capitalismo de cassino”. Nas últimas décadas, a proporção das transações financeiras mundiais com relação à produção mundial aumentou de 15:1 para 78:1. A economia “real” está sendo suplantada cada vez mais por uma economia fictícia, que foi iniciada pelo fim do sistema de câmbios fixos de Bretton Woods. A destruição dos postos de trabalho e a evasão fiscal conseqüentes agravam os problemas dos mercados de trabalho e dos recursos públicos. In BREITENFELLNER, Andreas. El sindicalismo mundial. p. 584.

⁷⁹⁶ CAMPBELL, Duncan. Inversión extranjera, inmovilidad de la fuerza de trabajo y calidad de los empleos. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, v. 113, n. 02, p. 209-231, 1994. p. 212.

cumprem nos países, estabelecendo, por exemplo, acordos tripartites com as empresas transnacionais e a comunidade internacional dos Estados, para implementar e efetivar os direitos trabalhistas, entre eles a proteção contra a dispensa imotivada. Essa atuação é uma forma de assegurar maior justiça social, segurança, paz e estabilidade nas relações internacionais, colocando os salários e demais condições de trabalho a salvo da concorrência. Podemos citar algumas experiências que apontam nesse caminho.

Em novembro de 2006, foi criada a Confederação Sindical Internacional (CSI), a partir da fusão de duas antigas centrais sindicais internacionais: a Confederação Internacional de Organizações Sindicais Livres (CIOSL) e a Confederação Mundial do Trabalho (CMT). A CSI representa 168 milhões de trabalhadores, de 155 países e territórios, sendo que 311 entidades sindicais nacionais já aderiram a ela, inclusive as três principais centrais sindicais brasileiras: a Central Única dos Trabalhadores (CUT), a Força Sindical e Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT)⁷⁹⁷.

A missão primordial da CSI, conforme por ela declarado, é a promoção e a defesa dos direitos dos trabalhadores, por meio da cooperação internacional entre sindicatos, campanhas globais e atuação perante as maiores instituições mundiais. Os seus objetivos são: “humanizar” a globalização; priorizar a atuação nas instâncias multilaterais, como o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial e a OMC; reforçar a negociação tripartite entre capital, Governos e trabalhadores. A entidade se comprometeu a empenhar-se no reforço do papel da OIT, na efetivação do trabalho digno e no esforço para a “concretização de um novo contrato social global, que todos desejamos”, conforme declarado pelo Diretor-Geral da OIT, o chileno JUAN SOMAVIA⁷⁹⁸.

Em seu programa de ação, a CSI declara o seu apoio à “possibilidade de filiação aos não organizados”, inclusive “às centenas de milhões de pessoas que trabalham na economia informal, em situações não tradicionais ou atípicas e em trabalhos precários”⁷⁹⁹.

Um exemplo de um sindicato forte, organizado em nível mundial, é a Federação Internacional dos Trabalhadores do Transporte (FIT), que conta com cerca de 5 milhões de filiados em 120 países. No transporte marítimo, a FIT quase chegou a impor um salário mínimo mundial, cujo valor é dez vezes maior do que alguns salários mínimos nacionais. Cem inspetores da FIT se encarregam em todo o mundo de emitir certificados de conformidade sindical, sem os quais os proprietários dos navios se

⁷⁹⁷ INTERNATIONAL TRADE UNION CONFEDERATION. *General informations*. Disponível em: <<http://www.ituc-csi.org/spip.php?rubrique57>>. Acesso em: 04 mar. 2008.

⁷⁹⁸ BORGES, Altamiro. *A “nova” central sindical mundial*. Disponível em: <<http://www.galizacig.com/index.html>>. Acesso em: 03 mar. 2008.

⁷⁹⁹ INTERNATIONAL TRADE UNION CONFEDERATION. *Programme of the ITUC*. Disponível em: <http://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/Programme_of_the_ITUC.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2008. Tradução nossa.

arriscam a sofrer greves, boicotes e a deterioração das cargas perecíveis. Esse ente já realizou greves de grande êxito contra empresas multinacionais, como a United Parcel Service⁸⁰⁰.

Podem ser citadas também outras organizações sindicais que têm obtido êxito em movimentos internacionais, como a União Internacional de Trabalhadores da Alimentação, Agricultura, Hotéis, Restaurantes, Tabacos e Afins (UITA), em suas campanhas históricas contra a Nestlé, em 1973, e contra a Coca-Cola, em 1980 e 1984.

Cumpram mencionar, ainda, a chamada “euro-greve”, que ocorreu no início de 1997, contra a multinacional francesa Renault, que fabrica automóveis. Esta havia anunciado o fechamento da sua fábrica na cidade de Vilvoorde, na Bélgica, o que implicaria a perda de 3000 postos de trabalho. Isso gerou paralisações coordenadas pela Federação Européia de Trabalhadores das Indústrias Metalúrgicas (FETIM), em diversos países da Europa ao mesmo tempo. Houve também greves de solidariedade, na Bélgica, de trabalhadores da indústria automobilística e de outros setores. Os jornais belgas estimularam os consumidores a um boicote e pedidos públicos à empresa foram cancelados. Cerca de 70.000 trabalhadores de toda a Europa participaram de manifestações em Bruxelas e Paris.

O resultado desses movimentos concertados foi a elaboração de um “plano social” pela empresa, o qual previa aposentadorias antecipadas, requalificação profissional e recolocação dos trabalhadores em outras fábricas da Renault. Tais fatos demonstram a potencialidade e a força da unidade sindical supranacional e marcam “o nascimento de um sindicalismo europeu mais ativo e menos técnico”. Demonstram também que a possibilidade de implementar contratos coletivos europeus a partir da greve é menos futurista do que se poderia imaginar⁸⁰¹.

O sindicalismo deve aproveitar o que a globalização trouxe de positivo, como as novas tecnologias, entre as quais se destaca a “internet”, para facilitar a comunicação e agregar os trabalhadores. Com efeito, já surgiram inúmeros “sites” sindicais na rede, que proporcionam aos filiados notícias internacionais de seu interesse, impulsionam campanhas (v.g., greves, boicotes, vigilância de empresas e Governos) e propiciam acesso a bibliotecas e bancos de dados sobre relações de trabalho.

Um exemplo significativo de utilização da “internet” foi a luta contra o grupo japonês fabricante de pneus Bridgestone/Firestone. Cerca de 2300 obreiros, que haviam feito greve contra o anúncio de corte nos salários e de endurecimento das condições laborativas, foram dispensados. A Federação Internacional de Sindicatos de Trabalhadores da Química, Energia, Minas e Indústrias Diversas

⁸⁰⁰ BREITENFELLNER, Andreas. El sindicalismo mundial. p. 591.

⁸⁰¹ BREITENFELLNER, Andreas. El sindicalismo mundial. p. 592-593.

(ICEM) ajudou o Sindicato Unificado de Trabalhadores do Aço dos EUA a iniciar uma “greve cibernética”, através da ocupação e bloqueio dos “sites” da empresa e de suas parceiras. Esta acabou por ceder, readmitindo os trabalhadores⁸⁰².

Outro exemplo foi a manifestação de 1800 ativistas de 30 países, em setembro de 2007, em solidariedade aos empregados italianos da IBM em conflito com a empresa. Esse protesto ocorreu no “Second Life”, um mundo virtual que conta com 7 milhões de inscritos, e foi coordenado pela Federação UNI, da “Global Union”. Segundo ANDREW BIBBY, essa manifestação “pode ou não prefigurar modos futuros de ação do movimento operário, mas, ao menos, certamente sugere que os sindicatos estão encontrando novos modos interessantes e inusitados para tentar responder criativamente à globalização.”⁸⁰³.

De fato, é preciso saber usar as armas do capitalismo contra ele: a produção “just in time” (estoque zero) e a subcontratação tornam as empresas vulneráveis às greves que interrompem a fabricação de peças essenciais, sem as quais toda a rede produtiva resta paralisada. Os sindicatos podem também buscar o apoio dos consumidores, como, por exemplo, através da concessão de “selos sociais” aos produtos e serviços, acima mencionados.

A relação entre os sindicatos dos países desenvolvidos e em desenvolvimento é outra questão muito importante. Como os trabalhadores de ambos têm um interesse comum, cada vez maior, em reforçar os sindicatos das zonas de salários mais baixos, a ajuda unilateral torna-se mais atrativa. Podemos citar um exemplo retirado da própria realidade brasileira: a criação da “Escola Sindical 7 de outubro” da CUT, em Belo Horizonte, em 1987, patrocinada pela central sindical italiana CISL, a partir da contribuição dos seus filiados que trabalhavam na FIAT. Outro exemplo é o estímulo que a Federação Internacional dos Trabalhadores das Indústrias Metalúrgicas (FITIM) dá aos sindicatos dos países-sede das multinacionais a ajudarem os trabalhadores a se sindicalizarem nos países onde aquelas implantam filiais ou fazem subcontratações.

Não será difícil para o sindicato obter aliados na sociedade civil, como as associações com fins sociais e as organizações não governamentais (ONG’s). Um exemplo dessa estratégia é a pressão que a

⁸⁰² Andrew Bibby observa que “historicamente, o sindicalismo e a negociação coletiva foram organizados, quase que sem exceções, dentro das fronteiras dos Estados nacionais. Isso pode estar começando a mudar. Certamente um papel significativo está sendo exercido pelo conjunto das instituições do Global Union, Confederação Sindical Internacional, o Comitê de Consulta Sindical da OCDE, e, especialmente, as dez Federações setoriais da Global Union”. Essas últimas “foram pioneiras na negociação do número crescente de Acordos-quadros com empresas multinacionais, um modelo para levar o contrato coletivo formal para o nível mundial, o qual foi adotado até agora em mais de 30 casos.” BIBBY, Andrew. Trade union responses to globalization. p. 35. Tradução nossa.

⁸⁰³ BIBBY, Andrew. Trade union responses to globalization. p. 35. Tradução nossa.

FITIM exerce sobre os sindicatos dos países credores para que lutem pela redução da dívida externa dos países em desenvolvimento e para introduzir cláusulas ecológicas nos acordos comerciais.

Assim, além da necessidade da colaboração transnacional entre os sindicatos, estes devem também buscar alianças com outras organizações, como as ONG's. De fato, “vem ocorrendo uma proliferação dos espaços políticos onde os interesses do trabalho coincidem com outros aqueles de outros movimentos e com a atuação de organizações que se ocupam dos direitos trabalhistas e do desenvolvimento”⁸⁰⁴.

O sindicalismo internacional é, portanto, uma forma típica de o sindicato buscar se reorganizar – para se fortalecer – acompanhando os movimentos do capital, que se mundializou. O sindicato tem um papel crucial para o Direito do Trabalho, seja criando a norma, direta ou indiretamente, seja aumentando a sua eficácia social. Como observou FRANZ L. NEUMANN, ao comentar os efeitos concretamente produzidos pela Lei sobre os Tribunais do Trabalho, de 1926, na Alemanha: “a lei era boa, talvez até mesmo exemplar (...) mas a tutela dos direitos individuais do trabalhador não depende apenas da boa qualidade do ordenamento judiciário e do direito processual, mas também (e talvez sobretudo) da força e da vontade da organização social, que se empenha na tutela dos direitos. A melhor lei sobre os tribunais nunca será eficaz sem sindicatos.”⁸⁰⁵.

O sindicato surgiu como um subproduto de um modo de ser do sistema capitalista: a grande fábrica concentrada. Este, no entanto, vem sofrendo alterações nos últimos tempos, com a fragmentação das grandes empresas em unidades menores, organizadas em rede.

Nesse sentido, MÁRCIO TÚLIO VIANA defende que, para recuperar a sua força, o *sindicato deve se reorganizar, seguindo a mesma lógica do capital*, isto é, também se disseminando, se reconstruindo em outras bases. Um exemplo interessante dessa reconstrução é exatamente o sindicalismo internacional. Outro exemplo, retirado da realidade brasileira, é a Coordenação Nacional de Lutas (CONLUTAS), que se propõe a retomar um sindicalismo de base, ao invés daquele de cúpula, e tenta

⁸⁰⁴ FONOW, Mary Margaret, FRANZWAY, Suzanne. Transnational union networks, feminism and labour advocacy. *Trade union responses to globalization: a review by the Global Union Research Network*. coord. Verena Schmidt. Genebra: OIT, 2007. p. 166.

⁸⁰⁵ NEUMANN, Franz L. *Il Diritto del Lavoro fra democrazia e dittatura*. Bolonha: Il Mulino, 1983. p. 401. Tradução nossa. Alguns autores apontam possíveis obstáculos ao êxito do sindicalismo internacional. Afirmam que não é fácil imaginar uma ação forte e coesa, capaz de agregar interesses de trabalhadores dos países ricos e pobres, de modo a alcançar os desejados níveis homogêneos e sustentáveis de proteção. Sinalizam também a propensão e a facilidade que as empresas transnacionais possuem de se transferir, se transformar, se descentralizar, dificultando a identificação do interlocutor do sindicato. Questionam, ainda, se a crise de representatividade observada nos países desenvolvidos, com a queda das taxas de sindicalização, e a ausência de uma tradição do movimento sindical nos países em desenvolvimento, não se refletiriam também no plano internacional. In PERONE, Giancarlo. *Globalizzazione e Diritto del Lavoro*. p. 410.

costurar novas solidariedades, inclusive para além do trabalho formal e subordinado, agregando trabalhadores informais, desempregados e excluídos de toda espécie⁸⁰⁶.

6.4.4.1 A informação e consulta dos trabalhadores em nível transnacional: a Diretiva n. 45, de 1994, da União Européia

A Europa, nos dias atuais, é o principal “laboratório de ensaio” do sindicalismo internacional. A Carta de Direitos Sociais Fundamentais da União Européia prevê o desenvolvimento de formas de participação dos trabalhadores na gestão das empresas, em especial “nas empresas ou nos grupos de empresas que tenham estabelecimentos situados em mais de um Estado-membro da Comunidade”. Em 22 de setembro de 1994, o Conselho Europeu aprovou a Diretiva n. 45, relativa à instituição de um Comitê Empresarial Europeu ou de um procedimento para a informação e a consulta dos trabalhadores nas empresas e grupos de empresas de dimensão comunitária. Trata-se, nos termos da Diretiva, de uma obrigação alternativa: instituir o Comitê ou o citado procedimento.

A Diretiva n. 45, de 1994, aplica-se a cerca de 1.150 empresas. É considerada uma empresa de dimensão comunitária aquela que cumpre 3 requisitos: empregue ao menos 1000 trabalhadores nos Estados-membros; esteja presente em, no mínimo, dois Estados-membros; empregue ao menos 150 trabalhadores em cada Estado-membro. Para alargar a abrangência da Diretiva, tais requisitos podem ser cumpridos por um grupo de empresas, ao qual se aplicarão as obrigações por ela previstas.

A importância de a Diretiva ter incluído esses grupos em seu âmbito de aplicação é ressaltada pela professora espanhola EVA GARRIDO PÉREZ: “O principal valor desta Diretiva se encontra precisamente em ser o reflexo de um marcante interesse comunitário na ordenação de um adequado sistema de informação naqueles âmbitos empresariais que, apesar de sua crescente profusão e importância, escapam da contemplação das legislações trabalhistas: as agrupações ou concentrações empresariais”. De fato, segundo a autora, a Diretiva busca remediar “as notórias quebras funcionais que sofrem os esquemas representativos dos interesses dos trabalhadores no seio das agrupações das empresas, mais ainda, se estas têm o caráter multinacional”⁸⁰⁷.

A realização do direito à informação e consulta dos trabalhadores é efetuada através de um acordo coletivo entre a direção central da empresa e representantes eleitos pelos obreiros da empresa ou

⁸⁰⁶ VIANA, Márcio Túlio. A flexibilização pelo mundo. p. 37-38.

⁸⁰⁷ PÉREZ, Eva Garrido. Os direitos de informação e participação dos trabalhadores. *Avanços e possibilidades do Direito do Trabalho*. coord. Luiz Alberto de Vargas e Ricardo Carvalho Fraga. São Paulo: LTr, 2005. p. 39-40.

do grupo. Esse acordo determina a composição, as funções e a atividade do Comitê ou as modalidades de atuação dos procedimentos de informação e consulta. Todavia, caso esse acordo não tenha sido firmado no prazo de 3 anos após a entrada em vigor da Diretiva (isto é, até o dia 22 de setembro de 1996), é obrigatória a instituição do Comitê, cuja composição e competência são reguladas expressamente pela Diretiva. Esta prevê que a informação deve ser relativa aos seguintes aspectos da empresa: situação econômica e financeira; evolução provável das atividades; produção e venda; situação e evolução provável da ocupação; investimentos; mudanças fundamentais relativas à organização; introdução de novos métodos de trabalho e de novos processos produtivos; transferência de produção; fusões; diminuição das dimensões ou fechamento da empresa, dos estabelecimentos ou de partes importantes dos mesmos; dispensas coletivas.

Observa-se que ao menos um quinto das empresas e dos grupos de dimensão comunitária – sujeitos, portanto, à incidência da Diretiva – iniciaram processos de negociação e concluíram com as organizações sindicais, até o dia 22 de setembro de 1996, acordos voluntários que prevêm procedimentos de informação e consulta.

Cumprir notar que a Diretiva n. 45, de 1994, foi recepcionada no Direito italiano por meio de procedimentos bastante inovadores no sistema do País, isto é, mediante um acordo interconfederativo específico, firmado por CGIL, CISL e UIL com CONFINDUSTRIA e a “Associazione Sindacale fra le Aziende del Credito” (ASSICREDITO), na presença do Ministro do Trabalho, em 27 de novembro de 1996⁸⁰⁸.

6.4.5 Atuação da sociedade civil organizada

Há de se mencionar, ainda, que a atuação da sociedade civil organizada, como as ONG’s, pode também contribuir para a efetividade das normas trabalhistas. Ilustrativamente, como observa MÁRCIO TÚLIO VIANA, “a presença de ONG’s na China é cada vez mais forte. Muitas delas acabam compensando a fragilidade dos sindicatos”⁸⁰⁹.

Um exemplo dessa atuação é a denúncia das empresas multinacionais em virtude da prática de “sweatshops”. Essa expressão (literalmente, “fábricas de suor”) vem sendo utilizada cada vez mais nos últimos anos e indica uma situação de extrema exploração dos trabalhadores, caracterizada por um salário abaixo do mínimo necessário à sobrevivência; ausência de qualquer forma de garantia ou

⁸⁰⁸ GALANTINO, Luisa. *Diritto Comunitario del Lavoro*. Turim: G. Giappichelli, 2001. p. 233-235.

⁸⁰⁹ VIANA, Márcio Túlio. A flexibilização pelo mundo. p. 32.

proteção trabalhista; exploração do trabalho infantil; condições laborativas perigosas para a vida e saúde; ameaças, assédio moral e sexual, abusos físicos e psicológicos nos locais de trabalho, etc.

Muitas ONG's se especializaram na luta contra os "sweatshops". Ilustrativamente, em 1997, a ONG "CorpWatch" divulgou um relatório confidencial da empresa multinacional Nike, o qual revelava que os empregados de uma fábrica subcontratada pela empresa no Vietnã eram submetidos a condições de trabalho duríssimas. A notícia ganhou destaque na mídia do mundo inteiro. Isso provocou a queda na venda de produtos e a desvalorização das ações da Nike. A empresa acabou admitindo as acusações meses depois, na tentativa de atenuar os imensos prejuízos sofridos. A atuação da ONG nesse caso serviu para dismantlar uma estratégia utilizada frequentemente pelas multinacionais: elas terceirizam a produção, contratando "parceiras" locais, nos países periféricos, para fabricarem seus produtos. Estas exploram os trabalhadores, até mesmo para manter o baixo preço exigido pela multinacional, a qual, por sua vez, tenta se esquivar da responsabilidade, afirmando que não tinha controle nem conhecimento sobre essa exploração⁸¹⁰.

As ONG's também têm importante papel na questão da responsabilidade social das empresas, acima explicitada, seja atuando como "observatórios sociais" (que fiscalizam as empresas transnacionais, com a permissão destas, e fazem relatórios independentes, com críticas, como denúncias de exploração, mas também com os aspectos positivos), seja conferindo selos ou certificados.

A partir das idéias e propostas acima analisadas, percebemos que há diversos mecanismos que podem contribuir para elevar os direitos trabalhistas e, sobretudo, para conferir-lhes maior efetividade. Como observa MÁRCIO TÚLIO VIANA, "entre apenas resistir ou apenas submeter-se, o Direito do Trabalho terá de inventar novos caminhos para se tornar mais amplo, efetivo e *global*"⁸¹¹.

Por todo o exposto, torna-se claro que a implementação da proteção da relação de emprego contra as dispensas imotivadas não pode ser analisada apenas em termos ideais. As suas repercussões na vida real devem ser consideradas e devidamente enfrentadas, evitando-se, assim, que as normas que a asseguram careçam de real eficácia ou gerem o efeito oposto ao fim visado, que é o bem-estar do trabalhador, em seu sentido mais amplo.

Por fim, importa observar que a solução de problemas econômicos, ou a tentativa de se estimular o desenvolvimento de um país, não podem passar pela renúncia à proteção dos direitos

⁸¹⁰ CASTELFRANCHI, Yurij. *Sweatshops: uma realidade em expansão*. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/200405/reportagens/08.shtml>>. Acesso em: 03 mar. 2008.

⁸¹¹ VIANA, Márcio Túlio. *A flexibilização pelo mundo*. p. 38.

trabalhistas⁸¹². A acumulação de capital não encontra limites, sendo as pressões dela advindas cada vez maiores, não se sensibilizando pela necessidade de se manter os direitos básicos do trabalhador. Permitindo que isso seja feito, chegaremos, inevitavelmente, à situação que vigorava nos primórdios da Revolução Industrial, na qual inexistia o Direito do Trabalho. Seria um completo retrocesso no curso da História, contrário à evolução da humanidade, no sentido de se garantir o maior bem-estar possível a um número cada vez maior de indivíduos⁸¹³.

⁸¹² "Para não renunciar à própria fisionomia, o Direito do Trabalho não pode admitir em nenhum caso submissões à lógica mercantil prevalente, pois que, caso contrário, render-se-ia à concepção do trabalho-mercadoria (...). O mecanismo de autoregulação do mercado global arrisca de fazer todos os países retornarem a situações históricas - ou seja, àquelas da primeira fase da Revolução Industrial - nas quais a dinâmica econômica era privada de freios válidos de ordem social". PERONE, Giancarlo. *Globalizzazione e Diritto del Lavoro*. p. 398-399. Tradução nossa. A Constituição da OIT proíbe expressamente que o trabalho seja considerado como mercadoria: "labour is not a commodity" (art. 1º, "a", da Declaração de Filadélfia, incorporada à Constituição da OIT). *In* OIT. *ILO Constitution*. Disponível em <http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Origins_and_history/Constitution/lang--en/index.htm#annex>. Acesso em: 07 dez. 2007. É interessante notar que essa Declaração corrigiu a formulação original da Constituição da OIT, de 1919, segundo a qual "o trabalho não é apenas uma mercadoria" (art. 427 do Tratado de Versalhes: "First. The guiding principle above enunciated that labour should not be regarded merely as a commodity or article of commerce").

⁸¹³ Importa observar que a proteção de direitos trabalhistas não constitui um entrave ao desenvolvimento econômico de um país, mas, ao contrário, contribui para impulsioná-lo, como vimos. O autor alemão Friedhelm Farthman demonstra, em sólida argumentação, que a proteção social na Alemanha, uma das mais fortes do mundo, nunca foi obstáculo ao seu invejável desempenho econômico. *In* SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova constituição*. p. 208. De fato, "a causa das dificuldades econômicas da Europa não é a sua legislação de proteção do posto de trabalho. Ao contrário, a Alemanha, que é o motor econômico mais poderoso do continente, foi pioneira nas intervenções legislativas nesse campo, desde o início dos anos 1950". GOULD IV, William B. *L'idea di Job Property negli Stati Uniti*. p. 397. Tradução nossa.

CONCLUSÃO

A compreensão do tema relativo à proteção da relação de emprego contra a dispensa imotivada no Brasil passa pela análise da sua evolução histórico-jurídica. A sua instituição, em termos sistemáticos, ocorreu através da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943. Esse modelo, conhecido como estabilidade decenal, embora primasse pela proteção do empregado, é passível de críticas, em razão de não considerar as variáveis que atuam na vida e na dinâmica das empresas. Entretanto, ao invés das alterações necessárias, promoveu-se a sua superação com a instituição do FGTS pela Lei n. 5.107/66.

O sistema fundiário, por sua vez, com o objetivo de atender aos interesses empresariais, liberalizou a disciplina do término do contrato de trabalho, retirando do obreiro a garantia real e efetiva contra a dispensa imotivada. Por consequência, produziu enorme rotatividade de mão-de-obra no País, com a deterioração das condições laborativas e o aumento do desemprego.

O advento da Constituição Federal de 1988 consagra uma nova fase nessa evolução. Reconhecendo a importância fundamental do valor social do trabalho como assecuratório da justiça social e da dignidade da pessoa humana, a Carta Magna busca conciliá-lo com a proteção aos interesses do capital. Dessa forma, aponta para um novo modelo protetivo, em que se exige a existência de um motivo juridicamente relevante para a validade da dispensa do empregado.

A plena eficácia dessas normas constitucionais foi propiciada pela ratificação da Convenção n. 158 da OIT pelo Brasil. Esta assegura uma proteção no mesmo sentido daquela prevista pela Constituição, à qual foi incorporada, por conter normas de tutela a direitos humanos. Embora o Presidente da República tenha, unilateralmente, procedido à sua denúncia, em 1996, é evidente a invalidade desse ato, o que está sendo atualmente julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

Há alguns aspectos dessa Convenção passíveis de serem regulados, a fim de melhor adaptá-la à realidade do País. Nesse sentido, é possível invocar algumas normas já existentes na legislação infraconstitucional brasileira, sobretudo na CLT, podendo também ser editados novos diplomas legais. Nessa regulamentação, podem atuar, ainda, as entidades sindicais, através da contratação coletiva.

Buscando um modelo comparativo, que pudesse ser útil para esse fim, estudamos outras ordens jurídicas, que prevêm a efetiva proteção do empregado contra a dispensa imotivada. Além do Direito internacional (Convenção n. 158 e Recomendação n. 166, ambas da OIT), analisamos também os Direitos da União Européia e de vários países.

Nesse estudo, nos detivemos com maior profundidade no Direito italiano, por conter detalhada e importante regulamentação da matéria e pela sua notória influência na construção das normas trabalhistas brasileiras. Como outrora se fez, decidimos elegê-lo como principal fonte de inspiração para possíveis mudanças no Direito brasileiro, visando ao seu aperfeiçoamento.

O estudo das ordens jurídicas estrangeiras, além das respectivas doutrina e jurisprudência, teve, assim, o objetivo precípuo de buscar idéias aplicáveis à realidade brasileira. O Direito estrangeiro pode servir não apenas como fonte material ao legislador nacional, sobretudo, e aos atores da negociação coletiva, para procederem à regulamentação acima aludida, mas também como fonte formal ao magistrado, com fundamento no art. 8º, *caput*, da CLT.

A partir de todos esses estudos, buscamos delinear um modelo de proteção da relação de emprego contra a dispensa imotivada no Brasil, que inclui a disciplina das dispensas individual e coletiva. Essa proposta se baseia nas normas da Constituição Federal de 1988, da Convenção n. 158 da OIT e da legislação infraconstitucional brasileira (sobretudo da CLT), e leva também em conta os preceitos do Direito comunitário, das ordens jurídicas estrangeiras, notadamente do Direito italiano, e da Recomendação n. 166 da OIT.

A realidade dos fatos, no entanto, não obstante se mostrar contrária às normas de Direito, por vezes vem a prevalecer sobre estas. Com efeito, não se pode descartar a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal julgar válida a denúncia da Convenção n. 158, ou de o Congresso Nacional decidir por consumá-la, mesmo que em total contrariedade à Constituição. Nessa hipótese, caberá ao legislador infraconstitucional editar a lei complementar referida pelo art. 7º, inciso I, da Carta Magna. Para tanto, poderá pautar-se pelos próprios preceitos da Convenção n. 158, da Recomendação n. 166, ambas da OIT, e, ainda, pelo Direito comparado, como propomos neste trabalho.

O objetivo de se buscar, pelos meios acima mencionados, a instituição de uma verdadeira proteção contra a dispensa imotivada no Brasil tem em vista a sua fundamental importância. Ela é essencial não apenas para proteger o empregado contra a perda imotivada de seu posto de trabalho, mas também para garantir a real efetividade dos demais direitos trabalhistas. É uma forma, portanto, de se assegurar a fonte de sobrevivência e de dignidade do trabalhador e de sua família.

A instituição dessa proteção pode enfrentar, obviamente, diversos obstáculos na vida real. Essas dificuldades, no entanto, podem ser solucionadas, como vimos, sobretudo se houver empenho e vontade. O que importa, antes de tudo, é ter consciência da importância dessa luta, de acreditar que ela vale, e muito, a pena, pois a sua bandeira é a própria existência digna da pessoa humana.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- ADLERCREUTZ, Axel. Sweden. *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. v. 13. coord. Roger Blanpain. The Hague: Kluwer Law International, 1998.
- ALES, Edoardo. La reintegrazione trent'anni dopo: un nuovo caso di archeologia giuridica. *Il Diritto del Lavoro*, Roma, Fondazione Diritto del Lavoro L. A. Miglioranzi, ano LXXIV, p. 20-42, jan./abr. 2000.
- ALLEVA, Piergiovanni. I “referendum sociali” e il rapporto di lavoro. *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma, EDIESSE, ano LI, n. 01, p. 03-23, jan./mar. 2000.
- ALLEVA, Piergiovanni. Intervento. Il post referendum dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (Tavola rotonda). *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma, EDIESSE, ano L, n. 02, p. 407-410, abr./jun. 1999.
- ALLEVA, Piergiovanni. Intervento. *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro*. coord. Associazione Italiana di Diritto del lavoro e della Sicurezza Sociale. Milão: Giuffrè, 1999.
- ALLEVA, Piergiovanni. Le proposte della Cgil per l'estensione e l'effettività dei diritti del lavoro. *La riforma del mercato del lavoro. Dalla legge delega del Governo alle controproposte della Cgil*. coord. Piergiovanni Alleva et al. Roma: EDIESSE, 2003.
- ALLEVA, Piergiovanni. Presente e futuro dei licenziamenti per ragioni economico-produttive. *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma, EDIESSE, ano LVII, n. 01, p. 65-86, jan./mar. 2006.
- ALLEVA, Piergiovanni. Proposte di riforma della legislazione del lavoro (in risposta a Pietro Ichino). *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma, EDIESSE, ano LVI, n. 01, p. 121-135, jan./mar. 2005.
- ALMEIDA, Ísis. Estabilidade. *Curso de Direito do Trabalho: Estudos em Memória de Célio Goyatá*. coord. Alice Monteiro de Barros. v. 2. 3^a ed. São Paulo: LTr, 1997.
- ALMEIDA, Ísis. Novos rumos para a proteção contra a despedida arbitrária. *Curso de Direito do Trabalho: Estudos em Memória de Célio Goyatá*. coord. Alice Monteiro de Barros. v. 2. 3^a ed. São Paulo: LTr, 1997.
- ALMEIDA, Lúcio Rodrigues de. A convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho. *Trabalho & Doutrina*, São Paulo, ano 05, n. 12, p. 88-97, mar. 1997.
- ANGIELLO, Luigi. La violazione degli obblighi di comunicazione nel licenziamento collettivo. *Il Diritto del Lavoro*, Roma, Fondazione Diritto del Lavoro L. A. Miglioranzi, ano LXXVIII, n. 03-04, p. 947-956, mai./ago. 2004.

- ARANGUREN, Aldo. La reintegrazione nel posto di lavoro. *Rivista di Diritto del Lavoro*, Milão, Giuffrè, ano XXIII, parte I, p. 493-534, 1971.
- ARTHURS, Harry. Who's afraid of globalization? Reflections on the future of labour law. *Globalization and the Future of Labour Law*. coord. John Craig e Michael Lynk. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- ARTONI, R., D'ANTONI, M., DEL CONTE, M., LIEBMAN, S. Regimi di protezione del lavoro e modelli di stato sociale: uma prospettiva comparata. *Working Paper*, Milão, Università Bocconi – Centre for Research on the Public Sector, n. 17, 2006.
- ASSANTI, Cecília, PERA, Giuseppe. *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*. Pádua: CEDAM, 1972.
- BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. *O Governo João Goulart: as lutas sociais no Brasil, 1961-1964*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Revan, Brasília: UnB, 2001.
- BANKS, Kevin. The impact of globalization on labour standards: a second look at the evidence. *Globalization and the Future of Labour Law*. coord. John Craig e Michael Lynk. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- BARASSI, Ludovico. *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*. Milão: Libreria, 1901.
- BARASSI, Ludovico. *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*. 2ª ed. v. 1. Milão: Libreria, 1915.
- BARASSI, Ludovico. *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*. 2ª ed. v. 2. Milão: Libreria, 1917.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos, NETTO, Sílvia Marina L. Batalha de Rodrigues. *Rescisão contratual trabalhista: despedida arbitrária individual/coletiva*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1998.
- BAUTZER, Tatiana. Aumenta disputa pelo “selo” do Dow Jones. *Valor Econômico*, caderno Valor Especial, São Paulo, 18 out. 2007.
- BIAGI, Marco. Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro. *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Milão, Giuffrè, ano XX, n. 01, 2001.
- BIBBY, Andrew. Trade union responses to globalization. *World of Work*, Genebra, International Labour Office, n. 61, p. 35-37, dez. 2007.

- BLANPAIN, Roger. European Labour Law. *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. v. 1. coord. Roger Blanpain. The Hague: Kluwer Law International, 2006.
- BOMFIM, B. Calheiros. *Fundo de Garantia*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1979.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BORGES, Altamiro. A “nova” central sindical mundial. Disponível em: <<http://www.galizacig.com/index.html>>. Acesso em: 03 mar. 2008.
- BREITENFELLNER, Andreas. El sindicalismo mundial, un posible interlocutor. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, v. 116, n. 04, p. 575-603, 1997.
- BUSSINO, Temistocle. Autonomia e subordinazione nelle sentenze della Cassazione. *Diritto & Pratica del Lavoro*, Milão, IPSOA, ano XXII, n. 38, p. I-XXVII, 08 out. 2005.
- BUSSINO, Temistocle. Autonomia e subordinazione nelle sentenze della Cassazione. Seconda parte. *Diritto & Pratica del Lavoro*, Milão, IPSOA, ano XXII, n. 39, p. I-XXIII, 15 out. 2005.
- CAMPBELL, Duncan. Inversión extranjera, inmovilidad de la fuerza de trabajo y calidad de los empleos. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, v. 113, n. 02, p. 209-231, 1994.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARINCI, Franco, DE LUCA TAMAJO, Raffaele, TOSI, Paolo, TREU, Tiziano. *Diritto del Lavoro. Il Diritto Sindacale*. 4^a ed. Turim: UTET, 2003.
- CASTEL, Robert. Trabajo y utilidad para el mundo. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, v. 115, n. 06, p. 671-678, 1996.
- CASTELFRANCHI, Yuriy. *Sweatshops: uma realidade em expansão*. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/200405/reportagens/08.shtml>>. Acesso em: 03 mar. 2008.
- CATHARINO, José Martins. *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho*. v. 2. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1972.
- CATHARINO, José Martins. *Tratado Elementar de Direito Sindical*. 2^a ed. São Paulo: LTr, 1982.
- CERRETA, Michele. Il licenziamento disciplinare e l'applicabilità del provvedimento prima del decorso di cinque giorni dalla contestazione. Una questione di metodo. *Il Diritto del Lavoro*, Roma, Fondazione Diritto del Lavoro L. A. Miglioranzi, ano LXXVII, n. 05, p. 129-141, set./out. 2003.
- CHEN, Ke. People's Republic of China. *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. v. 4. coord. Roger Blanpain. The Hague: Kluwer Law International, 2004.

- COMISSÃO EUROPEIA. *Termination of employment relationships. Legal situation in the Member States of the European Union*. European Commission (Directorate General Employment, Social Affairs and Equal Opportunities), 2006. Disponível em: <http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/termination_emp_relation_report_update_d_en.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2008.
- COMMONS, John R. *I fondamenti giuridici del capitalismo*. Bolonha: Il Mulino, 1981.
- CONFEDERAZIONE GENERALE ITALIANA DEL LAVORO. *Lavoro nero, lavoro precario. Guida ai diritti e alle tutele*. Roma: CGIL, 2006.
- CONFEDERAZIONE GENERALE ITALIANA DEI LAVORATORI. Proposta di legge di iniziativa popolare promossa dalla Cgil per l'estensione della tutela contro i licenziamenti ingiustificati. *La riforma del mercato del lavoro. Dalla legge delega del Governo alle controproposte della Cgil*. coord. Piergiovanni Alleva *et al.* Roma: EDIESSE, 2003.
- CORIAT, Benjamin. *Ripensare l'organizzazione del lavoro. Concetti e prassi nel modello giapponese*. Bari: Dedalo, 1991.
- COSTA, Aldo de Campos. *Direitos humanos: reforma gera tumultos em tratados internacionais*. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/32678,1>>. Acesso em: 21 fev. 2008.
- COTTONE, Mariele. Sul licenciamento per supressione del posto di lavoro: obbligo de “repêchage” e oneri probatori. *Argomenti di Diritto del Lavoro*, Pádua, CEDAM, ano XII, n. 01, p. 255-262, jan./fev. 2007.
- CRAIG, John, LYNK, Michael. Introduction. *Globalization and the Future of Labour Law*. coord. John Craig e Michael Lynk. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- DALLARI, Pedro. Tratados Internacionais na Emenda Constitucional 45. *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. org. André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón. São Paulo: Método, 2005.
- DÄUBLER, Wolfgang. L'attuale disciplina di tutela contro il licenziamento ingiustificato in Germania. *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*. v. 1. Pádua: CEDAM, 2005.
- DAUGAREILH, Isabelle. Corporate norms on CSR and International norms. *Governance, international law and corporate societal responsibility*. coord. Jean-Claude Javillier. Genebra: OIT, 2007.
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- DAVIES, Anne C. L. *Perspectives on Labour Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

DE CASTRO, Gregorio. Corporate social responsibility and restructuring in the EU: a historical overview of recent developments. *Governance, international law and corporate societal responsibility*. coord. Jean-Claude Javillier. Genebra: OIT, 2007.

Decisão da Corte Constitucional n. 63, de 10 de junho de 1966, Giacchetta v. Boldrini. *Il Foro Italiano*, Roma, Il Foro Italiano, ano LXXXI, v. LXXXIX, parte I, p. 985-986, 1966.

Decisão da Corte de Apelação de Roma, de 16 de junho de 2006, A.D.C. v. Agenzia Viaggi G. S.p.A. *Argomenti di Diritto del Lavoro*, Pádua, CEDAM, ano XII, n. 01, p. 252-255, jan./fev. 2007.

Decisão da Corte de Cassação n. 262, de 20 de janeiro de 1978. Lodi v. Lanificio Menichetti. *Il Foro Italiano*, Roma, Il Foro Italiano, ano de 1978, parte I, p. 1486-1497, 1979.

Decisão da Corte de Cassação n. 5977, de 29 de novembro de 1985, Maffezzoli v. Comune di Verona. *Il Massimario del Foro Italiano*, Roma, Il Foro Italiano, v. LIV, ano de 1985, p. 1102-1103, 1986.

Decisão da Corte de Cassação n. 12781, de 14 de junho de 2005, S. v. Artigiani Trentini Scarl. *Il lavoro nella giurisprudenza*, Milão, IPSOA, ano XIV, n. 02, p. 147-151, fev. 2006.

Decisão da Corte de Cassação n. 17817, de 07 de setembro de 2005, Società Air Vallee v. Ronc. *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma, EDIESSE, ano LVII, n. 02, p. 275-280, abr./jun. 2006.

Decisão da Corte de Cassação n. 18136, de 10 de agosto de 2006, INPS v. C.M.T. *Il lavoro nella giurisprudenza*, Milão, IPSOA, ano XV, n. 02, fev. 2007.

Decisão da Corte de Cassação n. 21833, de 12 de outubro de 2006, G.A.M v. Sig. D.I.B. *Argomenti di Diritto del Lavoro*, Pádua, CEDAM, ano XII, n. 02, p. 517-519, mar./abr. 2007.

Decisão da Corte de Justiça da União Européia na causa C-32/02, de 16 de outubro de 2003, Comissão Européia v. República Italiana. Disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/it/search/search_case.html>. Acesso em: 03 mar. 2008.

Decisão da Corte de Justiça da União Européia na causa C-520/03, de 16 de dezembro de 2004, José Vicente Olaso Valero v. Fondo de Garantia Salarial (Fogasa). *D & L: Rivista Critica di Diritto del Lavoro*, Milão, Edaco, ano XIV, n. 02-03, p. 372-375, abr./set. 2005.

Decisão da Pretura de Milão, de 03 de março de 1971, Mereghetti v. S.p.A. Gelati Sanson. *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, Milão, Il Sole 24 Ore, p. 176-180, 1971.

Decisão do “Conseil de Prud’hommes” de Longjumeau, de 20 de fevereiro de 2006. *Droit Social*, Paris, Éditions Techniques et Économiques, n. 04, p. 362-363, abr. 2006.

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

DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006.

- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *O Poder Empregatício*. São Paulo: LTr, 1996.
- DELGADO, Mauricio Godinho, PORTO, Lorena Vasconcelos. O Estado de Bem-Estar Social no capitalismo contemporâneo. *O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*. org. Mauricio Godinho Delgado e Lorena Vasconcelos Porto. São Paulo: LTr, 2007.
- DEVEALI, Mario L. *Lineamientos de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1948.
- D'ANTONA, Massimo. *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*. Pádua: CEDAM, 1979.
- DOCKÈS, Emmanuel. Du CNE au CPE, après le jugement du Conseil de prud'hommes de Longjumeau. *Droit Social*, Paris, Éditions Techniques et Économiques, n. 04, p. 356-362, abr. 2006.
- DUI, Pasquale. Clausola di durata minima del rapporto a favore del datore di lavoro. *Il lavoro nella giurisprudenza*, Milão, IPSOA, ano XIV, n. 02, p. 142-146, fev. 2006.
- DUPLAT, Jacques. La durée du préavis au regard de la convention n° 158 de l'OIT. Cour de cassation, chambre social 29 mars 2006. *Droit Social*, Paris, Éditions Techniques et Économiques, n. 06, p. 636-641, jun. 2006.
- EDUCATION INTERNATIONAL. *Resolution on the International Labour Organisation, the World Trade Organisation and the Globalisation of the Economy*. Disponível em: <http://www.ei-ie.org/worldcongress2004/docs/WC03Res_ILOGlobalisation_e.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2008.
- FARIA, Ricardo de Moura, MARQUES, Adhemar Martins, BERUTTI, Flávio Costa. *História*. v. 3. Belo Horizonte: Lê, 1993.
- FEDERICI, Antonio. Vincoli convenzionali alla libertà di recesso del lavoratore e condizioni di ammissibilità delle clausole di durata minima del rapporto di lavoro. *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma, EDIESSE, ano LVII, n. 02, p. 280-285, abr./jun. 2006.
- FERGOLA, Paolo. *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*. Milão: Giuffrè, 1985.
- FERNANDES, Milton. *Problemas e limites do dirigismo contratual*. Belo Horizonte: UFMG, 1969.
- FERNÁNDEZ, Raúl Alberto. A internalização do Direito do Trabalho. *Avanços e possibilidades do Direito do Trabalho*. coord. Luiz Alberto de Vargas e Ricardo Carvalho Fraga. São Paulo: LTr, 2005.
- FERNÁNDEZ, Rosa Isabel Santos. Análisis y soluciones alternativas a la discrecionalidad de la intervención administrativa en los despidos colectivos. *La reforma del mercado de trabajo y de la*

- seguridad y salud laboral*. coord. José Luis Monereo Pérez. Granada: Universidad de Granada, 1996.
- FIGUEIRA, Divalte Garcia. *História – Série Novo Ensino Médio*. São Paulo: Ática, 2000.
- FILHO, Evaristo de Moraes. *A justa causa na rescisão do contrato de trabalho*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- FILHO, Evaristo de Moraes. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.
- FILHO, Manuel Gonçalves Ferreira. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FINLEY, Lucinda M. La tutela dei lavoratori negli Stati Uniti fra “statutes” e “common law”. *Lavoro subordinato e dintorni*. coord. Marcelo Pedrazzoli. Bolonha: Il Mulino, 1989.
- FONOW, Mary Margaret, FRANZWAY, Suzanne. Transnational union networks, feminism and labour advocacy. *Trade union responses to globalization: a review by the Global Union Research Network*. coord. Verena Schmidt. Genebra: OIT, 2007.
- FRANCE, Anatole. *Le Lys Rouge*. Paris: Calmann-Levy, 1913.
- FRANCISCO, José Carlos. Bloco de Constitucionalidade e Recepção dos Tratados Internacionais. *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. org. André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón. São Paulo: Método, 2005.
- FUENTES RODRÍGUEZ, Francisca. Las modificaciones introducidas en la disciplina comunitaria de despidos coletivos por la directiva 92/56, de 24 de junio, y su incidencia en la reforma del mercado de trabajo en España. *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*. coord. José Luis Monereo Perez. Granada: Universidad de Granada, 1996.
- FUJIWARA, Toshihiro. *Reflections on Legal Theory concerning Collective Redundancy Dismissal: Through the Re-examination of the Four Necessary Conditions*. Disponível em: <<http://www.jil.go.jp/english/ejournal/documents/200106.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2008.
- GALANTINO, Luisa. *Diritto Comunitario del Lavoro*. Turim: G. Giappichelli, 2001.
- GALANTINO, Luisa. *Diritto del Lavoro*. Turim: G. Giappichelli, 1996.
- GALANTINO, Luisa. I profili giulavoristici della qualità. *Qualità e rapporto di lavoro*. coord. Luisa Galantino. Milão: Giuffrè, 1995.
- GALEANO, Eduardo. *As Veias abertas da América Latina*. trad. Galeno de Freitas. 24ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

- GALLIN, Dan. Inside the new world order: Drawing the battle lines. *New Politics*, New York, Brooklyn, v. 5, n. 01, p. 107-302, 1994.
- GAO, Yun. "Secondary Effect" in Implementation of CSR in Supply Chain. *Governance, international law and corporate societal responsibility*. coord. Jean-Claude Javillier. Genebra: OIT, 2007.
- GHERA, Edoardo. *Diritto del lavoro: il rapporto di lavoro*. Bari: Cacucci, 2003.
- GHEZZI, Giorgio. I licenziamenti dalla "penale" alla "reintegra" dei lavoratori. *Politica del Diritto*, Bolonha, Il Mulino, ano II, p. 297-310, 1971.
- GHEZZI, Giorgio. Introduzione. *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al Decreto Legislativo n. 276/2003*. coord. Giorgio Ghezzi. Roma: EDIESSE, 2004.
- GHEZZI, Giorgio. Intervento. *La riforma del mercato del lavoro. Dalla legge delega del Governo alle controposte della Cgil*. coord. Piergiovanni Alleva et al. Roma: EDIESSE, 2003.
- GHEZZI, Giorgio, ROMAGNOLI, Umberto. *Il rapporto di lavoro*. 3^a ed. Bolonha: Zanichelli, 1995.
- GIGLIO, Wagner D. *Justa causa*. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GIOVANARDI, Carlo Alberto, GUARNIERI, Guerino, LUDOVICO, Giuseppe, TREGLIA, Giorgio. Commento alla sentenza della Corte di Cassazione 10 agosto 2006, n. 18136. *Il lavoro nella giurisprudenza*, Milão, IPSOA, ano XV, n. 02, p. 203-204, fev. 2007.
- GIUGNI, Gino. Iniziativa legislativa ed esperienza sindacale in tema di licenziamento. *Rivista Giuridica del Lavoro*, Roma, Edizioni Giuridiche del Lavoro, parte I, 1966.
- GOLDMAN, Alvin L., WHITE, Rebecca H. United States of America. *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. v. 14. coord. Roger Blanpain. The Hague: Kluwer Law International, 2002.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *A prescrição no processo do trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 1987.
- GOULD IV, William B. L'idea di *Job Property* negli Stati Uniti. *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, Milão, Franco Angeli, ano XII, n. 46, p. 369-402, abr./jun. 1990.
- GRAGNOLI, Enrico. Principio del contraddittorio e licenziamento del dirigente. *Il Diritto del Lavoro*, Roma, Fondazione Diritto del Lavoro L. A. Miglioranzi, ano LXXVII, n. 05, p. 345-357, set./out. 2003.
- GRANDI, Mario. Licenziamento e reintegrazione: riflessioni storico-critiche. *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Milão, Giuffrè, ano XXII, n. 01, p. 03-34, 2003.
- GRANDI, Mario, PERA, Giuseppe. *Commentario breve alle Leggi sul lavoro*. Pádua: CEDAM, 2001.
- GUARISO, Alberto. Noterelle sul danno esistenziale da licenziamento. *D & L: Rivista Critica di Diritto del Lavoro*, Milão, Edaco, ano XIV, n. 02-03, p. 506-507, abr./set. 2005.

- HANAMI, Tadashi A., KOMIYA, Fumito. Japan. *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. coord. Roger Blanpain. The Hague: Kluwer Law International, 2006.
- HASSELBALCH, Ole. Denmark. *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. v. 5. coord. Roger Blanpain. The Hague: Kluwer Law International, 2005.
- HEPPLE, Bob. Flexibility and Security of Employment. *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*. coord. Roger Blanpain e Chris Engels. The Hague: Kluwer Law International, 1998.
- HEPPLE, Bob. *Labour Law and Global Trade*. Oxford and Portland (Oregon): Hart Publishing, 2005.
- HERNANDEZ, Salvatore. Potere disciplinare e recesso nel “contratto di lavoro” di L. Barassi. *La nascita del Diritto del Lavoro. “Il contratto di lavoro” di Lodovico Barassi cent’anni dopo: novità, influssi, distanze*. coord. Mario Napoli. Milão: V & P Università, 2003.
- HONEYBALL, Simon. BOWERS, John. *Textbook on Labour Law*. 8^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem*. Rio de Janeiro: Zahar, 1972.
- HUNT, E. K., SHERMAN, Howard J. *História do pensamento econômico*. trad. Jaime Larry Benchimol. 17^a ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- ICHINO, Pietro. Intervento. Il post referendum dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori (Tavola rotonda). *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma, EDIESSE, ano L, n. 02, p. 411-416, abr./jun. 1999.
- IKEZOE, Hirokuni. Resignation, Mandatory Retirement and Dismissals. *Labour Situation in Japan and Analysis: General Overview 2006/2007*. Disponível em: <http://www.jil.go.jp/english/laborinfo/library/documents/laborsituation06_07.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2008.
- INSTITUTO ETHOS. *Indicadores Ethos de Responsabilidade Social Empresarial*. Disponível em: <http://www.ethos.org.br/docs/conceitos_praticas/indicadores/default.asp>. Acesso em: 03 mar. 2008.
- INTERNATIONAL TRADE UNION CONFEDERATION. *General informations*. Disponível em: <<http://www.ituc-csi.org/spip.php?rubrique57>>. Acesso em: 04 mar. 2008.
- INTERNATIONAL TRADE UNION CONFEDERATION. *ITUC Constitution*. Disponível em: <<http://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/Const-ENG-W.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2008.
- INTERNATIONAL TRADE UNION CONFEDERATION. *Programme of the ITUC*. Disponível em: <http://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/Programme_of_the_ITUC.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2008.

- ITU, Minoru. The Long-Term Employment System. *Labour Situation in Japan and Analysis: General Overview* 2006/2007. Disponível em: <http://www.jil.go.jp/english/laborinfo/library/documents/laborsituation06_07.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2008.
- JANSEN, Marion, LEE, Eddy. *Trade and employment: challenges for policy research. A joint study of the International Labour Office and the Secretariat of the World Trade Organization*. Genebra: OIT, 2007.
- JAVILLIER, Jean-Claude. Responsabilité sociétale des entreprises et Droit: des synergies indispensables pour un développement durable. *Governance, international law and corporate societal responsibility*. coord. Jean-Claude Javillier. Genebra: OIT, 2007.
- JÚNIOR, Paulo Hamilton Siqueira. Tratados internacionais de direitos humanos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 11, n. 43, p. 07-30, abr./jun. 2003.
- JÚNIOR, Roberto di Sena. Comércio internacional e padrões trabalhistas: a falácia do discurso humanitário. *Seqüência*, Florianópolis, UFSC, ano 24, n. 46, p. 121-140, jul. 2003.
- JÚNIOR, Roberto di Sena. Dumping social: um tema em debate. *Revista de Direito Internacional e Econômico*, Porto Alegre, Síntese, ano 02, n. 10, p. 45-56, jan./mar. 2005.
- JÚNIOR, Roberto di Sena. O sistema multilateral de comércio e a cláusula social: a posição dos países latino-americanos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 4, n. 14, p. 317-332, abr./jun. 2003.
- JÚNIOR, Roberto di Sena. Padrões trabalhistas e comércio internacional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 40, n. 159, p. 301-306, jul./set. 2003.
- KELLER, Rémi. La nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise peut justifier un licenciement pour motif économique. Conseil d'État, 8 mars 2006. *Droit Social*, Paris, Éditions Techniques et Économiques, n. 09-10, p. 857-860, set./out. 2006.
- KEMPEN, Otto Ernst, KRETZSCHMAR, Robert. I problemi e le difficoltà di organizzare sindacalmente i lavoratori "semiautonomi" in Germania. *Lavoro e Diritto*, Bolonha, Il Mulino, ano XIII, n. 04, p. 593-617, 1999.
- KRUGMAN, Paul. Does third world growth hurt first world prosperity? *Harvard Business Review*, Boston, v. 72, n. 04, p. 113-121, jul./ago. 1994.
- KUNTZ, Rolf. A redescoberta da igualdade como condição de Justiça. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. org. José Eduardo Faria. São Paulo: Malheiros, 1994.
- LE GOFF, Jacques. *Du silence à la parole. Droit du Travail, Société, État (1830-1985)*. Quimper: Calligrammes, Quimperlé: La Digitale, 1985.

- LE MONDE. Bernard Thibault sort victorieux du 48e congrès de la CGT. *Le Monde*, Paris, 28 abr. 2006. Disponible em: <www.lemonde.fr> Acesso em: 30 abr. 2006.
- LE MONDE. Confrontées à la précarisation des jeunes, les banques cherchent à s'adapter. *Le Monde*, Paris, 24 mar. 2006. Disponible em: <www.lemonde.fr> Acesso em: 20 abr. 2006.
- LE MONDE. CPE : lycéens et étudiants appellent à une grève générale reconductible. *Le Monde*, Paris, 03 abr. 2006. Disponible em: <www.lemonde.fr> Acesso em: 20 abr. 2006.
- LE MONDE. Dominique de Villepin s'est résolu à annoncer le retrait du CPE. *Le Monde*, Paris, 10 abr. 2006. Disponible em: <www.lemonde.fr> Acesso em: 20 abr. 2006.
- LE MONDE. Le contrat première embauche repose sur une erreur de diagnostic. *Le Monde*, Paris, 04 abr. 2006. Disponible em: <www.lemonde.fr> Acesso em: 20 abr. 2006.
- LE MONDE. Le Conseil constitutionnel, avocat du CPE. *Le Monde*, Paris, 01 abr. 2006. Disponible em: <www.lemonde.fr> Acesso em: 20 abr. 2006.
- LE MONDE. Le patronat craint de voir le contrat nouvelles embauches emporté dans la tourmente. *Le Monde*, Paris, 06 abr. 2006. Disponible em: <www.lemonde.fr> Acesso em: 20 abr. 2006.
- LE MONDE. Le PS réclame aussi l'abrogation du contrat nouvelles embauches. *Le Monde*, Paris, 04 abr. 2006. Disponible em: <www.lemonde.fr> Acesso em: 20 abr. 2006
- LE MONDE. Les anti-CPE se félicitent du retrait du CPE. *Le Monde*, Paris, 10 abr. 2006. Disponible em: <www.lemonde.fr> Acesso em: 20 abr. 2006.
- LE MONDE. Les opposants au CPE réitèrent leur démonstration de force. *Le Monde*, Paris, 06 abr. 2006. Disponible em: <www.lemonde.fr> Acesso em: 20 abr. 2006.
- LE MONDE. Les prud'hommes de Longjumeau jugent le CNE contraire au droit international. *Le Monde*, Paris, 28 abr. 2006. Disponible em: <www.lemonde.fr> Acesso em: 30 abr. 2006.
- LE MONDE. Les syndicats, mécontents, maintiennent leur appel à la mobilisation. *Le Monde*, Paris, 31 mar. 2006. Disponible em: <www.lemonde.fr> Acesso em: 20 abr. 2006.
- LE MONDE. L'impasse de la radicalisation. *Le Monde*, Paris, 23 mar. 2006. Disponible em: <www.lemonde.fr> Acesso em: 20 abr. 2006.
- LE MONDE. Scènes de crise à Matignon. *Le Monde*, Paris, 30 mar. 2006. Disponible em: <www.lemonde.fr> Acesso em: 20 abr. 2006.
- LE MONDE. Un CPE pour les machines!. *Le Monde*, Paris, 24 mar. 2006. Disponible em: <www.lemonde.fr> Acesso em: 20 abr. 2006.
- LE MONDE. Un défi majeur en France et à l'international. *Le Monde*, Paris, 17 abr. 2006. Disponible em: <www.lemonde.fr> Acesso em: 20 abr. 2006.

- LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- LEVITER, Lee, MULLER, Angelika. *International Labour Organization: Sweden*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/info/termination/countries/sweden.htm>>. Acesso em: 08 fev. 2008.
- LEVITER, Lee, MULLER, Angelika. *International Labour Organization: United States of America*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/info/termination/countries/usa.htm>>. Acesso em: 08 fev. 2008.
- LINNI, Marianna, THORSEN, Sune Skadegaard. ILO and CSR – minimum human rights standards for corporations. *Governance, international law and corporate societal responsibility*. coord. Jean-Claude Javillier. Genebra: OIT, 2007.
- LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. *A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional n. 45/2004*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157>>. Acesso em: 21 fev. 2008.
- LÓPEZ MOSTEIRO, Ricardo. La Directiva Comunitaria n. 75/129 del 17 de febrero sobre despidos coletivos. *La reforma del mercado de trabajo*. coord. Efren Borrajo Dacruz. Madrid: Actualidad Editorial, 1993.
- LOY, Gianni. El dominio ejercido sobre el trabajador. *Relaciones Laborales: revista critica de teoria y practica*, Madrid, La Ley, n. 02, p. 165-189, 2005.
- LYON-CAEN, Gerard, PÉLISSIER, Jean, SUPIOT, Alain. *Droit du travail*. 17^a ed. Paris: Dalloz, 1994.
- MACIEL, José Alberto Couto. *Garantia no emprego já em vigor*. São Paulo: LTr, 1994.
- MACIEL, José Alberto Couto. Vigência da Convenção 158 da OIT. *Trabalho & Doutrina*, São Paulo, ano 04, n. 11, p. 20-23, dez. 1996.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos Humanos na Ordem Jurídica Interna*. Belo Horizonte: Interlivros Jurídica de Minas Gerais, 1992.
- MAGANO, Octavio Bueno. Convenção 158 da OIT. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 20 abr. 1996.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 30, n. 116, p.110-125, out./dez. 2004.
- MANCINI, Giuseppe Federico. Lo statuto dei lavoratori dopo le lotte operaie del 1969. *Politica del Diritto*, Bolonha, Il Mulino, ano I, n. 01, p. 57-87, jul. 1970.

- MANNACIO, Giorgio. Qualificação del rapporto, acesso al lavoro e licenziamenti nella giurisprudenza di merito della Lombardia. *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, Milão, Il Sole 24 Ore, ano LXXIII, n. 12, p. 1276-1280, dez. 2000.
- MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. São Paulo: LTr, 2000.
- MARIUCCI, Luigi. Subordinazione e itinerari della dottrina. *Lavoro subordinato e dintorni*. coord. Marcelo Pedrazzoli. Bolonha: Il Mulino, 1989.
- MARTELLONI, Federico, PASQUIER, Thomas. I licenziamenti in Italia e in Francia: la tutela del datore di lavoro. *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma, EDIESSE, ano LVII, n. 04, p. 779-818, out./dez. 2006.
- MARTONE, Michel. *Governo dell'economia e azione sindacale*. Pádua: CEDAM, 2006.
- MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. Bauru: EDIPRO, 1998.
- MATURO, Jussara. ISO 26000 vai ter caráter abrangente: primeiro padrão de diretrizes sobre responsabilidade social será publicado em 2009. *Valor Econômico*, caderno Valor Especial, São Paulo, 18 out. 2007.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 37, n. 148, p. 231-250, out./dez. 2000.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo parágrafo 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 13, n. 52, p. 327-337, jul./set. 2005.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. v. 1. 14^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. org. Ricardo Lobo Torres. 2^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MIGUEL, Alexandre. A Constituição Brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 14, n. 55, p. 286-326, abr./jun. 2006.

- MINERVINI, Annamaria. Profili di diritto sostanziale nel licenziamento del dirigente. *Il Diritto del Lavoro*, Roma, Fondazione Diritto del Lavoro L. A. Miglioranzi, ano LXXVII, n. 06, p. 513-530, nov./dez. 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MORAIS, Domingos José. A cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador. *A reforma do Código do Trabalho*. coord. Centro de Estudos Judiciários, Inspeção-Geral do Trabalho. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- MOREIRA, Nelson Camatta. A interpretação dos tratados internacionais de direitos humanos a partir da emenda n° 45. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, Notadez, ano 07, n. 25, p. 121-136, abr./jun. 2007.
- MOSCARINI, Lucio V. Impugnazione del licenziamento ad nutum e pregiudiziale amministrativa. *Il Diritto del Lavoro*, Roma, Fondazione Diritto del Lavoro L. A. Miglioranzi, ano LXXVIII, n. 03-04, p. 1163-1176, mai./ago. 2004.
- MÜCKENBERGER, Ulrich, WANK, Rolf, BUCHNER, Herbert. Ridefinire la nozione di subordinazione? Il dibattito in Germania. *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, Milão, Franco Angeli, ano XXII, n. 86, p. 329-350, 2000.
- MULLER, Angelika. *International Labour Organization: Japan*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/info/termination/countries/japan.htm>>. Acesso em: 08 fev. 2008.
- NAPOLI, Mario. *Questioni di diritto del lavoro (1992-1996)*. Turim: G. Giappichelli, 1996.
- NARVAIZA, José María Zufiaur. La otra cara de las buenas estadísticas de empleo. *Relaciones Laborales: revista critica de teoria y practica*, Madrid, La Ley, ano XXII, n. 13, p. 45-53, jul. 2006.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 13^a ed. Saraiva: São Paulo, 1997.
- NEUMANN, Franz L. *Il Diritto del Lavoro fra democrazia e dittatura*. Bolonha: Il Mulino, 1983.
- NICOLINI, Giovanni. *Diritto del lavoro*. Milão: Giuffrè, 1992.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Employment Outlook*. Paris: OECD, 2004.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Trade, employment and labour standards: a study of core workers' rights and international trade*. Paris: OECD, 1996.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *La relación de trabajo - Conferencia Internacional del Trabajo*. 95^a Reunión. Genebra: OIT, 2006.

- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *ILO Constitution*. Disponível em <http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Origins_and_history/Constitution/lang--en/index.htm#annex>. Acesso em: 07 dez. 2007.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Labour and social aspects of global production systems. *World of Work*, Genebra, OIT, n. 61, dez. 2007.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Proteccion contra el despido injustificado - Conferencia Internacional del Trabajo*. 82ª Reunião. Genebra: OIT, 1995.
- PANICI, Pier Luigi. Il diritto alla reintegrazione: nuove prospettive europee per la tutela contro i licenziamenti. *Il lavoro nella giurisprudenza*, Milão, IPSOA, ano VIII, p. 614-621, jul. 2000.
- PERA, Giuseppe. Sulla decorrenza della prescrizione per il diritto al salario. *Il Foro Italiano*, Roma, II Foro Italiano, ano LXXXI, v. LXXXIX, parte I, p. 1652-1657, 1966.
- PÉREZ, Eva Garrido. Os direitos de informação e participação dos trabalhadores. *Avanços e possibilidades do Direito do Trabalho*. coord. Luiz Alberto de Vargas e Ricardo Carvalho Fraga. São Paulo: LTr, 2005.
- PERONE, Giancarlo. Globalizzazione e Diritto del Lavoro: sfide e possibili risposte. *Il Diritto del Lavoro*, Roma, Fondazione Diritto del Lavoro L. A. Miglioranzi, ano LXXV, p. 389-414, set./out. 2001.
- PERONE, Giancarlo. Globalizzazione e tutela della persona. *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, Roma, INAIL, n. 03, p. 397-403, mai./jun. 2001.
- PERONE, Giancarlo. *Lineamenti di diritto del lavoro: evoluzione e partizione della materia, tipologie lavorative e fonti*. Turim: G. Giappichelli, 1999.
- PERONE, Giancarlo. *Lo Statuto dei Lavoratori*. Turim: UTET, 1997.
- PERONE, Giancarlo. Riforma, Rivoluzione, Ritocco: quale genere di novità il D. Lgs. n. 276 del 2003 introduce nella legislazione lavoristica?. *Il Diritto del Lavoro*, Roma, Fondazione Diritto del Lavoro L. A. Miglioranzi, ano LXXVIII, p. 1193-1210, mai./ago. 2004.
- PERSIANI, Mattia. Riflessioni sulle conseguenze della cessazione dell'impresa *in bonis*. *Il Diritto del Lavoro*, Roma, Fondazione Diritto del Lavoro L. A. Miglioranzi, ano LXXVII, n. 06, p. 579-588, nov./dez. 2003.
- PERULLI, Adalberto. Introduzione. *Impiego flessibile e mercato del lavoro*. coord. Adalberto Perulli. Turim: G. Giappichelli, 2004.
- PERULLI, Adalberto. Lavori atipici e parasubordinazione tra diritto europeo e situazione italiana. *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma, EDIESSE, ano LVII, n. 04, p. 731-752, out./dez. 2006.

- PFAFFENSELLER, Michelli. A (in)eficácia do § 3º do art. 5º da CF/88 como norma de integração dos direitos humanos provenientes de tratados internacionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 15, n. 58, p. 335-356, jan./mar. 2007.
- PILEGGI, Antonio. Licenziamento della lavoratrice “ultrasessantenne in possesso dei requisiti pensionistici” e parità tra i sessi. *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, Milão, Il Sole 24 Ore, p. 45-49, jan./fev. 2003.
- PINO, Giovanni. Il contesto di inizio secolo e la discussione sul contratto di lavoro. *Lavoro subordinato e dintorni*. coord. Marcelo Pedrazzoli. Bolonha: Il Mulino, 1989.
- PINTO, João Fernando Ferreira. Código do Trabalho: cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador. *A reforma do Código do Trabalho*. coord. Centro de Estudos Judiciários, Inspeção-Geral do Trabalho. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, Procuradoria Geral do Estado, p. 81-102, jan./dez. 1999.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PIRES, Luciana. Lula defende jornada menor. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 15 fev. 2008.
- PISANI, Andrea Proto. Osservazioni sull’attuazione della condanna del datore di lavoro a reintegrare nel posto di lavoro il lavoratore illegittimamente licenziato. *Il Foro Italiano*, Roma, Il Foro Italiano, ano de 1978, parte I, p. 1487-1493, 1979.
- PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAUS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. *Padrão PUC Minas de normalização*: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em: 29 dez. 2007.
- PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de emprego: desconstrução, reconstrução e universalização do conceito jurídico*. 2008. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.
- PORTO, Lorena Vasconcelos. As lutas sociais na Itália ontem e hoje. *Trabalho e Movimentos Sociais*. coord. Carlos Augusto Junqueira Henrique, Gabriela Neves Delgado, Márcio Túlio Viana e Patrícia Henriques Ribeiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- PORTO, Lorena Vasconcelos, VIANA, Márcio Túlio. Flexibilização trabalhista e desemprego: a recente polêmica da Lei do Primeiro Emprego na França. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 33, n. 126, p. 96-106, abr./jun. 2007.

- PRÉTOT, Xavier. Les garanties du salarié face au licenciement ont-elles une base constitutionnelle? À propos de la décision du Conseil constitutionnel relative au CPE. *Droit Social*, Paris, Éditions Techniques et Économiques, n. 05, p. 494-504, mai. 2006.
- PROIA, Giampiero. Enti bilaterali e riforma del mercato del lavoro. *Il Diritto del Lavoro*, Roma, Fondazione Diritto del Lavoro L. A. Miglioranzi, ano LXXVII, n. 06, p. 647-657, nov./dez. 2003.
- PROSPERETTI, Giulio. Il ruolo dei diritti sociali nell'economia globalizzata. *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, Roma, INAIL, n. 03, p. 389-396, mai./jun. 2001.
- PROSPERETTI, Giulio. Lo sciopero virtuale. *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, Milão, Il Sole 24 Ore, n. 04, p. 323-332, abr. 2000.
- PROSPERETTI, Ubaldo. Sull'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori. *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, Milão, Il Sole 24 Ore, p. 177-178, 1971.
- RAY, Jean-Emmanuel. *Droit du Travail: droit vivant*. 13^a ed. Paris: Liaisons, 2004.
- REDIN, Giuliana. Crítica ao parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira à luz da internacionalização dos direitos humanos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 15, n. 59, p. 345-358, abr./jun. 2007.
- REIS, Daniela Muradas. *Contributo ao Direito Internacional do Trabalho: A Reserva Implícita ao Retrocesso Sócio-Jurídico do Trabalhador nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho*. 2007. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.
- RENAULT, Luiz Otávio Linhares. O novo Código Civil, a proteção ao emprego e o velho contrato de trabalho. *Novo Código Civil e seus desdobramentos no Direito do Trabalho*. coord. Emerson José Alves Lage e Mônica Sette Lopes. São Paulo: LTr, 2003.
- REPERTORIO DEL FORO ITALIANO, ano de 1902, Roma, Il Foro Italiano, 1904.
- REPERTORIO DEL FORO ITALIANO, ano de 1905, Roma, Il Foro Italiano, 1906.
- REPERTORIO DEL FORO ITALIANO, ano de 1906, Roma, Il Foro Italiano, 1907.
- REPERTORIO DEL FORO ITALIANO, ano de 1919, Roma, Il Foro Italiano, 1920.
- REPERTORIO DEL FORO ITALIANO, ano de 1922, Roma, Il Foro Italiano, 1923.
- REPERTORIO DEL FORO ITALIANO, ano de 1938, Roma, Il Foro Italiano, 1939.
- REPERTORIO DEL FORO ITALIANO, ano de 1952, Roma, Il Foro Italiano, 1954.
- REPERTORIO DEL FORO ITALIANO, ano de 1956, Roma, Il Foro Italiano, 1957.

- REPERTORIO DEL FORO ITALIANO, ano de 1986, Roma, Il Foro Italiano, 1987.
- REPERTORIO DEL FORO ITALIANO, ano de 2004, Roma, Il Foro Italiano, 2005.
- REPERTORIO DEL FORO ITALIANO, ano de 2005, Roma, Il Foro Italiano, 2006.
- REPERTORIO DEL FORO ITALIANO, ano de 2006, Roma, Il Foro Italiano, 2007.
- REPERTORIO DEL FORO ITALIANO, formato de CD-Rom, consultado na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Roma “Tor Vergata”.
- REVISTA VEJA. *Rendição no grito. Revista Veja*, São Paulo, Abril, ano 39, n. 15, 19 abr. 2006.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ROCHA, Dalton Caldeira. Cláusula social. *O Brasil e a OMC*. coord. Welber Barral. 2^a ed. Curitiba: Juruá, 2003.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. trad. Wagner D. Giglio São Paulo: LTr, 1978.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. Poder de dirección y derecho contractual. *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y practica*, Madrid, La Ley, n. 02, p. 111-138, 2005.
- ROTA, Monica, PAGANUZZI, Giovanni. La nuova tutela del Fondo di Garanzia nel caso di licenziamento e transazione. *D & L: Rivista Critica di Diritto del Lavoro*, Milão, Edaco, ano XIV, n. 02-03, p. 375-377, abr./set. 2005.
- SANDULLI, Pasquale, VALLEBONA, Antonio, PISANI, Carlo. *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*. Pádua: CEDAM, 1990.
- SANDULLI, Pasquale. Reintegrazione nel posto di lavoro. *Commentario dello statuto dei lavoratori*. v. 1. coord. Ubaldo Prosperetti. Milão: Giuffrè, 1975.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Nozioni di Diritto del Lavoro*. 19^a ed. Nápoles: Dott. Eugenio Jovene, 1967.
- SANSEVERINO, Luisa Riva. *Curso de direito do trabalho*. trad. Elson Guimarães Gottschalk. São Paulo: LTr, 1976.
- SANTOS FERNÁNDEZ, Rosa. Análisis y soluciones alternativas a la discrecionalidad de la intervención administrativa en los despidos colectivos. *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*. coord. José L. Monereo Pérez. Granada: s. ed., 1996.
- SARAIVA, Jacílio. Responsabilidade social e inovação: motor de idéias. *Valor Econômico*, caderno Valor Especial, São Paulo, 18 out. 2007.

- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 14, n. 57, p. 05-48, out./dez. 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A Reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: observações sobre o § 3º do art. 5º da Constituição. *Interesse Público*, Porto Alegre, Notadez, ano 08, n. 37, p. 49-64, mai./jun. 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 12, n. 46, p. 42-73, 2004.
- SCHMIDT, Verena. Editorial Overview. *Trade union responses to globalization: a review by the Global Union Research Network*. coord. Verena Schmidt. Genebra: OIT, 2007.
- SGARBOSSA, Luís Fernando. *A emenda constitucional n. 45/04 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos*. Disponível: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6272>>. Acesso em: 21 fev. 2008.
- SILVA, Antônio Álvares da. *A constitucionalidade da Convenção 158 da OIT*. Belo Horizonte: RTM, 1996.
- SILVA, Antônio Álvares da. *A Convenção 158 da OIT*. Belo Horizonte: RTM, 1996.
- SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SILVA, José Afonso da. Interpretação da Constituição e democracia. *Interesse Público*, Porto Alegre, Notadez, ano 07, n. 34, p. 13-25, nov./dez. 2005.
- SMURAGLIA, Carlo. Introduzione. Il post referendum dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (Tavola rotonda). *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma, EDIESSE, ano L, n. 02, p. 405-406, abr./jun. 1999.
- STOLFA, Francesco. "Il Patto per l'Italia innesca l'abrogazione progressiva dell'art. 18 dello Statuto". Disponível em <<http://www.di-elle.it/Approf/Patto%20per%20l'Italia%20-%20Stolfa.htm>>. Acesso em: 02 ago. 2005.
- SUGINO, Isamu, MURAYAMA, Masayuki. *Employment Problems and Disputing Behavior in Japan*. Disponível em: <http://www.jil.go.jp/english/documents/JLR09_SuginoM.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2008.

- SUPIOT, Alain. Les nouveaux visages de la subordination. *Droit Social*, Paris, Éditions Techniques et Économiques, n. 02, p. 131-145, fev. 2000.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. A compatibilidade entre a Convenção OIT-158 e a Constituição brasileira. *Suplemento Trabalhista*, São Paulo, LTr, v. 32, n. 08, p. 53-55, 1996.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000.
- SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas, FILHO, João de Lima Teixeira. *Instituições de Direito do Trabalho*. v. 1. 22ª ed. São Paulo: LTr, 2005.
- SUVIRANTA, A. J. Finland. *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. v. 6. coord. Roger Blanpain. The Hague: Kluwer Law International, 1999.
- TAUHA, Sérgio. Mais empresas aderem ao balanço social. *Valor Econômico*, caderno Valor Especial, São Paulo, 18 out. 2007.
- TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des) estruturando a justiça: comentários completos à EC 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- TOFFOLETTO, Franco, ZAMBELLI, Angelo. *La disciplina dei licenziamenti: i licenziamenti individuali e collettivi, il processo del lavoro, le procedure conciliative e d'arbitrato nei contratti collettivi*. 3ª ed. Milão: Pirola, 1995.
- TREU, Tiziano. *Diritto del Lavoro: discontinuità e interdipendenze*. Palestra proferida no Congresso “Il nuovo volto del Diritto Italiano del Lavoro”, realizado na Accademia Nazionale dei Lincei, em Roma, em 13/12/2004.
- TREU, Tiziano. Intervento. *La riforma del mercato del lavoro. Dalla legge delega del Governo alle controposte della Cgil*. coord. Piergiovanni Alleva et al. Roma: EDIESSE, 2003.
- TREU, Tiziano. Proposte di riforma del lavoro. *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma, EDIESSE, ano LVI, n. 02, p. 417-430, abr./jun. 2005.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. 2ª ed. São José (Costa Rica): Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos direitos humanos*. v. 1. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
- TSUCHIDA, Michio. *The Legal Justification of the Employment Dismissal Regulation in Japan*. Disponível em: <<http://www.jil.go.jp/english/ejournal/documents/200106.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2008.

- TSUNEKI, Atsushi. Job-Security Regulation from the Viewpoint of the Economic Theory of Incomplete Contracts. Disponível em: <<http://www.jil.go.jp/english/ejournal/documents/200106.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2008.
- UEMURA, Shunichi. Labor-Management Relations in Japan. *Labour Situation in Japan and Analysis: General Overview 2006/2007*. Disponível em: <http://www.jil.go.jp/english/laborinfo/library/documents/laborsituation06_07.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2008.
- UNIÃO EUROPÉIA. Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais. *Jornal Oficial da União Europeia*, n. 303, p. 17-35, 14 dez. 2007. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0017:0035:PT:PDF>>. Acesso em: 28 jan. 2008.
- UNIÃO EUROPÉIA. Carta dos Direitos Fundamentais. *Jornal Oficial da União Europeia*, ano 50, n. 303, p. 01-16, 14 dez. 2007. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0001:0016:PT:PDF>>. Acesso em: 28 jan. 2008.
- UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva n. 59, de 1998. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, n. 225, p. 16-21, 12 ago. 1998. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:225:0016:0021:PT:PDF>>. Acesso em: 28 jan. 2008.
- VALLEBONA, Antonio. Introduzione alla riforma dei lavori. *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, Milão, Il Sole 24 Ore, ano LXXVI, p. 06-08, dez. 2003.
- VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il Diritto Sindacale*. v. 1. 5ª ed. Pádua: CEDAM, 2005.
- VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*. v. 2. 4ª ed. Pádua: CEDAM, 2004.
- VALLEBONA, Antonio. La riforma del mercato del lavoro: cambia poco ed è sbagliata. *Il Diritto del Lavoro*, Roma, Fondazione Diritto del Lavoro L. A. Miglioranza, ano LXXVII, p. 191-197, mai./jun. 2003.
- VALVERDE, Antonio Martín, GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo, MURCIA, Joaquín García. *Derecho del Trabajo*. 14ª ed. Madrid: Tecnos, 2005.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 41, n. 162, p. 35-45, abr./jun. 2004.
- VIANA, Márcio Túlio. A flexibilização pelo mundo: breves notas do XVIII Congresso Mundial de Direito do Trabalho e Seguridade Social. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, TRT da 3ª Região, n. 73, p. 29-38, jan./jun. 2006.

- VIANA, Márcio Túlio. Convenção Coletiva de trabalho. Acordo coletivo. Contrato coletivo. *Curso de Direito do Trabalho em homenagem ao Professor Arion Sayão Romita*. coord. Gustavo Adolpho Vogel Neto. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996.
- VIANA, Márcio Túlio. Poder Diretivo e Sindicato: entre a opressão e a resistência. *Caderno Jurídico*, Brasília, Escola Judicial do TRT da 10ª Região, ano 4, n. 06, nov./dez. 2005.
- VIANA, Márcio Túlio. Proteção ao emprego e estabilidade sindical: onde termina o discurso e começa a realidade. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 27, n. 104, p. 222-234, out./dez. 2001.
- VIANA, Márcio Túlio. *Responsabilidade social da empresa*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006. Notas de aula.
- VIANA, Márcio Túlio (coord.), FILHO, Luiz Phillipe Vieira de Melo, HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira, JÚNIOR, José Eduardo de Resende Chaves, RENAULT, Luiz Otávio Linhares, REZENDE, Alaor Satuf. *Teoria e Prática da Convenção 158*. São Paulo: LTr, 1996.
- VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e Sindicato no Brasil*. 4ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 1999.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito do Trabalho e Fundo de Garantia*. São Paulo: LTr, 1978.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. O novo FGTS. *Curso de Direito do Trabalho: Estudos em Memória de Célio Goyatá*. coord. Alice Monteiro de Barros. v. 2. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1997.
- WEISS, Manfred, SCHMIDT, Marlene. *Labour Law and Industrial Relations in Germany*. 3ª ed. The Hague: Kluwer Law International, 2000.
- ZACCARELLI, Luca. Ancora sulle conseguenze della tardiva impugnazione del licenziamento illegittimo. *Argomenti di Diritto del Lavoro*, Pádua, CEDAM, ano XII, n. 02, p. 519-522, mar./abr. 2007.