

Arquivos do

INSTITUTO
Brasileiro de Direito Social
CESARINO
JÚNIOR



**REGULAMENTAÇÃO DA
DISPENSA COLETIVA
NO BRASIL**

Vol. 36 - 2012

**ARQUIVOS DO
INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL
CESARINO JÚNIOR**

Nº 36 - 2012

**REGULAMENTAÇÃO DA DISPENSA
COLETIVA NO BRASIL**

Sumário

Apresentação.....	5
MARLY A. CARDONE	
1. Cesarino Junior, o Infinito.....	7
MARLY A. CARDONE	
2. Considerações Sobre a Despedida Coletiva: Âmbito Normativo Internacional e Sistema Jurídico Brasileiro.....	11
GUSTAVO FILIPE BARBOSA GARCIA	
3. Considerações para a Regulamentação das Demissões Coletivas no Brasil.....	39
EDUARDO SOTO PIRES	

**INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL
CESARINO JÚNIOR**

Seção Brasileira da “*Société Internationale de
Droit du Travail et de la Sécurité Sociale*” - SIDTSS

Av. Paulista, 726, 1º a./cj.102 - CEP 01310-910 - SP - Fone/fax 3285-0372
www.institutocesarinjunior.org.br - icj@uol.com.br

*As opiniões e textos dos trabalhos aqui publicados são de exclusiva
responsabilidade de seus autores.*

APRESENTAÇÃO

A situação econômica do Brasil, com altos e baixos, regras variantes que trazem insegurança jurídica para investimentos, e conseqüente parco crescimento, tem levado a dispensas coletivas de empregados Assim, muito oportuno abriremos as páginas da ARQUIVOS IBDSCJ 2012 para oferecer uma colaboração para a disciplina legislativa da matéria entre nós.

Nossos associados que aqui se apresentam, convidados a trabalhar o tema, têm experiência acadêmica e prática que os credenciam a tanto.

GUSTAVO FELIPE BARBOSA GARCIA é livre-docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e exerce o magistério em várias faculdades, sendo Procurador do Trabalho na 2ª Região, havendo passado pelos cargos de Juiz do Trabalho das 2ª, 8ª e 24ª Regiões e de Auditor Fiscal do Trabalho.

EDUARDO SOTO PIRES realizou estudos na Espanha sobre o assunto e publicou livro a respeito, sendo Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Autônoma de Madrid e Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela PUC/SP, além de advogado.

Ambos os autores citam a incipiente jurisprudência brasileira, que já aponta caminhos para os casos de dispensas coletivas, o que eliminaria a necessidade de se pensar em futura lei sobre o assunto. Todavia, como, geralmente, o Poder Legislativo fica enciumado quando o Poder Judiciário ‘cria’ o direito, não é impensável que aquele decida disciplinar a matéria.

Para isto, o farto material oferecido pelos nossos associados-autores será de grande utilidade.

Decidimos divulgar, também, a alocação que fizemos no dia 21 de maio de 2012, no evento ENCONTRO JURÍDICO LABORAL - 20 ANOS SEM CESARINO JUNIOR, pois nos parece importante, e nunca suficiente, que se conheçam as linhas de atuação desta personalidade que deu origem ao IBDSJC e à SIDTSS, e a várias outras organizações de cunho meramente cultural. Além disto, foi uma pessoa preocupada primeiramente com a fidelidade a princípios, a quem a pecúnia nunca foi o principal atrativo, item tão relevante para quem milita no Direito, comportamento este que deve ser divulgado e divulgado.

MARLY A. CARDONE
Presidente do IBDSJC

CESARINO JUNIOR , O INFINITO (*)

Marly A. Cardone ()**

Logo após o falecimento do Mestre Cesarino Junior, em 10 de março de 1992, a revista LTr pediu-me que escrevesse algo sobre ele. Intitulei o texto ‘CESARINO JUNIOR, O INFINITO’ (Revista Ltr, ano 56, março/92, pág. 284).

Não tenho motivo para mudar o que escrevi, então :”Teoria da hipossuficiência ? Teoria da despedida indireta ? Direito Social como ‘tertium genus’ ? Teoria do pequeno risco ? Foram estas as suas maiores contribuições ? Não, porque elas são controvertidas, podem sofrer oposição de brilhantes ou mesquinhos juristas, ao passo que suas raríssimas virtudes éticas jamais serão passíveis de qualquer antagonismo”.

Filho mais velho de família numerosa e pobre, mestiço de negro, índio e branco, nascido em 1906 em Campinas, quando políticas sociais compensatórias inexistiam no Brasil, Cesarino teve de trabalhar desde tenra idade, recebendo migalhas em atividades subalternas para ajudar no sustento da família. Perdeu 4 de seus irmãos, crianças mal nutridas.

(*) Alocução feita por Marly A. Cardone no dia 21 de maio de 2012, no evento **Encontro jurídico-laboral - 20 anos sem CESARINO JUNIOR**, patrocinado pelo INSTITUTO CESARINO JUNIOR.

(**) Professora-assistente-doutora aposentada da Faculdade de Direito da USP, onde trabalhou com o homenageado por mais de 30 anos, inclusive na advocacia, livre-docente pela UFRJ, advogada e atual Presidente do INSTITUTO CESARINO JUNIOR.

Contudo, dotado de uma inteligência e de uma tenacidade excepcionais, aficionado da leitura desde os 5 anos de idade, frequentador de bibliotecas com seu pai, que era bedel no colégio do Estado de Campinas onde Cesarino chegou a professor titular de história universal, após superar discriminações e injustiças, mirou ele mais adiante.

Num concorrido concurso para catedrático da nova disciplina, chamada Legislação Social, na Faculdade de Direito da USP, em 1938, disputando com colegas de famílias ‘nobres’, tais como Theotônio Monteiro de Barros Filho e José Pinto Antunes, entre outros, Cesarino Junior saiu vencedor.

Como inovara no ensino da história universal, também inovou no ensino do Direito. Pretendeu ter uma sala para reunir os alunos e com eles discutir a matéria fora da sala de aula, o que lhe foi negado. Então alugou uma sala às suas expensas. Criou os estágios nas varas trabalhistas, sindicatos e outras entidades, hoje coisa banal.

Sistematizou a novel disciplina com seus livros Direito Social Brasileiro e Direito Processual do Trabalho. Mas foi além de sua criação bibliográfica, imensa. Em 1939 fundou, com outros intelectuais, o Instituto de Direito Social, que hoje leva o seu nome. Colaborou intensamente, com Roberto Simonsen, na criação do SESI, redigindo a lei que o instituiu, e foi diretor de seus cursos populares por muitos anos.

Numa atitude pioneira, organizou em 1940 o primeiro Congresso Brasileiro de Direito Social e, em 1954, o primeiro Congresso Internacional de Direito Social, primeira manifestação mundial do gênero, até então.

Em 1958, com colegas europeus, fundou a ‘Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale’, que hoje congrega mais de 50 países dos quatro principais continentes e realiza estudos de direito comparado em congressos regionais e mundiais.

Todos os cargos que ocupou, governamentais ou não governamentais, ou foram disputados em concurso ou lhe foram oferecidos, jamais pleiteados. As várias dezenas de medalhas, condecorações e homenagens que recebeu em vida não foram resultado de qualquer ‘lobby’ ou tráfico de influência, como é tão usual. Uma das mais expressivas foi a outorga de seu nome para a ‘Sala dos Advogados’ da Justiça do Trabalho, da 2ª. Região.

Na década de 1970, recebeu da Comissão de Relações Humanas de Nível Universitário telegrama com o seguinte teor: **V. Excia. apontado melhor professor catedrático espírito universitário, critério, acessibilidade, amizade, transmissibilidade e empolgante cultura jurídica, pesquisa efetuada FDUSP”.**

Nada mais glorificador para um professor e nada mais verdadeiro.

Na advocacia, sempre preferiu trabalhar após a causa singularmente apreciada, recusando-se a fazer a chamada ‘advocacia de partido’, para não perder sua liberdade. Jamais aceitou uma demanda que não fosse moralmente justa e nunca usou de seu prestígio para recomendar a um juiz uma causa sua, pendente de julgamento. Dizia: “se não puder ser um advogado honesto, seja honesto sem ser advogado”. E “advogado não é capanga de cliente, por isto não pode estar a seu serviço incondicionalmente”.

Politicamente, foi um social-democrata, tendo fundado em 1945 o partido democrata cristão, com Alceu Amoroso Lima e outros, para **“fazer política em torno de princípios, não de nomes”.**

Em abril de 1964 aliou-se à minoria de professores da FADUSP que não aderiu ao golpe militar e com eles redigiu vigoroso manifesto, que a imprensa divulgou.

Sua vida paradigmática deve sempre ser lembrada. Poucos, após sua finitude física, receberão mensagem tão comovente

e transcendental como aquela que um anônimo escreveu, no dia de seu funeral, naquelas folhas que são deixadas para que as pessoas expressem seus sentimentos: VIVEU COMO UM JUSTO, ATINGIRÁ OS REINOS DOS CÉUS”.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A DESPEDIDA COLETIVA: ÂMBITO NORMATIVO INTERNACIONAL E SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Gustavo Filipe Barbosa Garcia (*)

Sumário: 1. Introdução – 2. Cessação do contrato de trabalho – 3. Direito Internacional – 4. Dispensa coletiva – 5. Conclusão.

Resumo: O objetivo deste texto   analisar a dispensa coletiva, em especial quanto ao Direito Internacional e a sua possível regulamentac o no sistema jurídico interno.

1. Introduc o

Muito se discute a respeito do conceito e das consequências da dispensa coletiva.

No Brasil, em razão da ausência de disciplina legal específica sobre o tema, a questão se torna ainda mais complexa.

A despedida coletiva, por acarretar desdobramentos sociais profundos e normalmente negativos, exige a intensifica o do debate, para que o sistema jurídico nacional possa avançar na sua regulamentac o.

(*) Livre-Docente e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Universitário em Cursos de Gradua o e Pós-Gradua o. Pós-doutorado em Direito. Procurador do Trabalho da 2^a Região. Membro Pesquisador do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior.

A jurisprudência muitas vezes acaba tendo de decidir a respeito de casos envolvendo despedidas de natureza coletiva, havendo dificuldades para a fixação da solução mais justa e conforme ao Direito.

No presente estudo, procura-se examinar a dispensa coletiva, no âmbito das modalidades de extinção do contrato de trabalho, e a previsão do tema na esfera do Direito Internacional, isto é, da OIT, podendo servir de parâmetro para a sua regulamentação no sistema jurídico brasileiro.

2. Cessação do contrato de trabalho

A cessação do contrato de trabalho pode ser conceituada como o término do referido negócio jurídico, isto é, o fim da relação jurídica de emprego¹.

O término do vínculo de emprego, como gênero, engloba diversas espécies, conforme a seguir indicado.

A *resilição* do contrato de trabalho pode ser unilateral (denúncia) ou bilateral (distrato).

A resilição unilateral do contrato de trabalho (*denúncia*) significa a manifestação de vontade de apenas uma das partes, pondo fim ao negócio jurídico em questão.

Trata-se da dispensa sem justa causa ou da demissão.

A *dispensa arbitrária* do empregado é aquela que não se funda em qualquer causa justificada, seja de natureza disciplinar, econômico-financeira ou técnica.

O art. 165, *caput*, da CLT, embora tratando da garantia de emprego do representante da CIPA, define a “despedida arbitrária”

1 Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa Garcia. Curso de direito do trabalho. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 601.

como aquela “que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro”.

Já a *dispensa sem justa causa* seria aquela “feita pelo empregador sem motivo dado pelo empregado”².

Apesar disso, a rigor, é possível entender a “dispensa arbitrária” como aquela que não se funda em motivos *objetivos*, relacionados à empresa, referentes a fatores econômicos, financeiros, técnicos ou estruturais. Por sua vez, a “dispensa sem justa causa” seria aquela que não se funda em motivos *subjetivos*, ou seja, disciplinares, referentes ao empregado.

A chamada *dispensa obstativa*, por sua vez, seria aquela que tem o objetivo, fraudulento, de impedir que o empregado adquira determinado direito, como a estabilidade (art. 499, § 3º, da CLT).

Diferentemente, a *dispensa retaliativa* significa aquela “efetuada por represália do empregador. É o que ocorre quando o empregado é dispensado por ter ajuizado reclamação na Justiça do Trabalho ou por ter servido como testemunha em processo proposto contra a empresa”³.

Por fim, a *dispensa discriminatória* é aquela decorrente de características ou aspectos pessoais do empregado, como, por exemplo, idade, sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, crença religiosa ou estado de gravidez, havendo previsão na Lei 9.029/1995.

A expressão “resilição unilateral” é prevista no art. 473 do Código Civil de 2002, ao tratar da extinção do contrato.

A resilição bilateral do contrato de trabalho (*distrato*) é o acordo de vontades entre as partes da relação jurídica de emprego, para pôr fim a esse negócio jurídico.

2 MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 370.

3 MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*, cit., p. 371.

Nesse enfoque, pode-se fazer menção à hipótese de um acordo judicial, ou mesmo extrajudicial, entre empregado e empregador, estabelecendo a cessação do vínculo de emprego.

O termo “distrato” é previsto no art. 472 do Código Civil de 2002.

A *resolução* do contrato de trabalho indica a sua terminação em razão de falta praticada por uma das partes, ou mesmo por ambas.

No caso do contrato de trabalho, tem-se a sua cessação com a dispensa por justa causa ou falta grave, dispensa indireta e culpa recíproca.

A terminologia “resolução” também é utilizada para os casos de cessação do contrato pela chamada “onerossidade excessiva”, por indicar o seu término em razão de um ônus ou gravame imposto a uma das partes ou às partes, gerando a impossibilidade de sua execução, ou seja, acarretando a *inexecução* do contrato.

Observa-se a utilização do termo “resolução” do contrato nos arts. 475, 478 e 479 do Código Civil de 2002.

A *rescisão* do contrato de trabalho, conforme parte da doutrina, abrange os casos de extinção do contrato de trabalho em razão de nulidade.

Nesse sentido, a declaração de nulidade, ou mesmo a anulação do contrato, significa a sua rescisão.

Cabe acrescentar que a *revogação* é termo mais adequado à cessação de contrato a título gratuito, mas podendo excepcionalmente se verificar em modalidade onerosa, como ocorre no mandato.

De acordo com a classificação de Délio Maranhão, a *dissolução* do contrato de trabalho engloba as diversas formas de sua cessação que não seja a normal, tendo como subespécies a resilição, a resolução, a revogação, a rescisão e a força maior⁴.

4 Cf. MARANHÃO, Délio. *Instituições de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999. v. 1, p. 564-565.

De todo modo, deve-se reconhecer que a diferenciação acima nem sempre é adotada de forma unânime pela doutrina, bem como nem sempre é observada na jurisprudência e mesmo na legislação.

Para ilustrar esse aspecto, o termo “rescisão” é frequentemente utilizado como sinônimo de cessação, em termos genéricos, do contrato de trabalho, como se verifica no Capítulo V, do Título IV, da CLT (arts. 477 e seguintes).

No presente estudo, merece ênfase a dispensa ou despedida, como rescisão unilateral do contrato de trabalho pelo empregador, na modalidade coletiva.

3. Direito Internacional

A Organização Internacional do Trabalho possui norma específica sobre o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador.

Trata-se da Convenção 158, assinada em Genebra, em 22 de junho de 1982.

A relevância desse diploma internacional é manifesta, inclusive por estabelecer disposições relativas à dispensa coletiva.

Convenção 158 da OIT foi aprovada, bem como promulgada no Brasil, pelo Decreto 1.855, de 10 de abril de 1996.

No entanto, o Decreto 2.100, de 20 de dezembro de 1996, tornou público que deixou de vigorar para o Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997, a Convenção da OIT 158, “visto haver sido denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada, por esta última, a 20 de novembro de 1996”.

O entendimento que prevaleceu foi no sentido de que o art. 7º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil, de

1988, exige “lei complementar” para regular a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

Nesse enfoque, a Convenção 158 da OIT, ao ser aprovada pelo Brasil, passou a integrar o ordenamento jurídico, mas com *status* de lei ordinária. Assim, por não se tratar de lei complementar, haveria inconstitucionalidade formal.

Além disso, a referida Convenção 158 da OIT exigiria regulamentação pela legislação ou outras fontes normativas internas, não se figurando autoaplicável em sua totalidade, como se observa pela disposição de seu art. 1^o.

A respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal chegou a conceder medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, contra a referida aprovação da Convenção 158 da OIT:

“Ação direta de inconstitucionalidade - Convenção 158/OIT - Proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa - Arguição de ilegitimidade constitucional dos atos que incorporaram essa convenção internacional ao direito positivo interno do Brasil (Decreto Legislativo 68/1992 e Decreto 1.855/1996) - Possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de tratados ou convenções internacionais em face da Constituição da República - Alegada transgressão ao art. 7.º, I, da Constituição da República e ao art. 10, I, do ADCT/88 - Regulamentação normativa da proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa,

5 “Dever-se-á dar efeito às disposições da presente Convenção através da legislação nacional, exceto na medida em que essas disposições sejam aplicadas por meio de contratos coletivos, laudos arbitrais ou sentenças judiciais, ou de qualquer outra forma de acordo com a prática nacional.”

posta sob reserva constitucional de lei complementar - Consequente impossibilidade jurídica de tratado ou convenção internacional atuar como sucedâneo da lei complementar exigida pela Constituição (CF, art. 7º, I) - Consagração constitucional da garantia de indenização compensatória como expressão da reação estatal à demissão arbitrária do trabalhador (CF, art. 7.º, I, c/c o art. 10, I do ADCT/88) - Conteúdo programático da Convenção 158/OIT, cuja aplicabilidade depende da ação normativa do legislador interno de cada País - Possibilidade de adequação das diretrizes constantes da Convenção 158/OIT às exigências formais e materiais do Estatuto Constitucional Brasileiro - Pedido de medida cautelar deferido, em parte, mediante interpretação conforme à Constituição.

Procedimento constitucional de incorporação dos tratados ou convenções internacionais. – É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder

celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto. O *iter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado – conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes.

Subordinação normativa dos tratados internacionais à Constituição da República. – No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do *treaty-making power*, pelo Estado brasileiro – não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) –, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional.

Controle de constitucionalidade de tratados internacionais no sistema jurídico brasileiro. –

O Poder Judiciário – fundado na supremacia da Constituição da República – dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e jurisprudência.

Paridade normativa entre atos internacionais e normas infraconstitucionais de direito interno. – Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.

Tratado internacional e reserva constitucional de lei complementar. – O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio *pacta sunt servanda*, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência

entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil – ou aos quais o Brasil venha a aderir – não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno.

Legitimidade constitucional da Convenção 158/OIT, desde que observada a interpretação conforme fixada pelo Supremo Tribunal Federal. – A Convenção 158/OIT, além de depender de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, configurando, sob tal aspecto, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno, não consagrou, como única consequência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, como o Brasil, instituírem, em sua legislação nacional, apenas a garantia da reintegração no emprego. Pelo contrário, a Convenção 158/OIT expressamente permite a cada Estado-Parte (Artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em consequência, sempre com

estrita observância do estatuto fundamental de cada País (a Constituição brasileira, no caso), a fórmula da reintegração no emprego e/ou da indenização compensatória. Análise de cada um dos artigos impugnados da Convenção 158/OIT (Artigos 4º a 10)” (ADI-MC 1480/DF, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04.09.1997, *DJ* 18.05.2001).

É certo que a referida Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.480-3 acabou sendo arquivada, por se entender que houve perda de objeto decorrente da posterior denúncia da Convenção 158 da OIT, conforme decisão a seguir transcrita (*DJ* 08.08.2001):

“Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada com o objetivo de questionar a validade jurídico-constitucional do Decreto Legislativo 68/1992, que aprovou a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), e do Decreto 1.855/1996, que promulgou esse mesmo ato de direito internacional público.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao deferir, parcialmente, sem redução de texto, o pedido de medida cautelar, proferiu decisão que restou consubstanciada em acórdão assim ementado:

[...]

Acentue-se, por oportuno, que, em 20 de dezembro de 1996, o Estado brasileiro, por intermédio do Presidente da República, que agiu em sua condição de Chefe de Estado, denunciou a mencionada Convenção 158/OIT.

Essa denúncia – que se tornou efetiva um ano após o seu registro junto à OIT, consoante previsto no Artigo 17, n. 1, da própria Convenção 158 – consubstanciou-se, formalmente, no Decreto 2.100, de 20/12/1996, cujo teor é o seguinte:

‘O PRESIDENTE DA REPÚBLICA torna público que deixará de vigorar para o Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997, a Convenção da OIT 158, relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 22 de junho de 1982, visto haver sido denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada, por esta última, a 20 de novembro de 1996’ (grifei).

Isso significa que, já decorrido o lapso temporal de 1 (um) ano – e revelando-se plenamente eficaz, desse modo, o ato unilateral da denúncia – cessou, *tractu temporis*, quanto ao Estado brasileiro, a vigência da mencionada convenção internacional.

Na realidade, consoante enfatiza autorizado magistério doutrinário (Luiz P. F. de Faro Junior, ‘Direito Internacional Público’, p. 352, item n. 829, 4.^a ed., 1965, Borsoi; Hildebrando Accioly/Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, ‘Manual de Direito Internacional Público’, p. 34, 12.^a ed., 1996, Saraiva; Celso D. de Albuquerque Mello, ‘Os Tratados na Constituição’ in ‘As Tendências Atuais do Direito Público – Estudos em homenagem ao Prof. Afonso Arinos’, p. 138, 1976, Forense; José Francisco Rezek, ‘Direito dos Tratados’, p. 485, item n. 405, 1984, Forense), a denúncia – enquanto manifestação

soberana do Estado que a formula – qualifica-se, quanto à Alta Parte de que emana, como causa extintiva do tratado ou convenção internacional.

Vê-se, portanto, que a Convenção 158/OIT não mais se acha incorporada ao sistema de direito positivo interno brasileiro, eis que, com a denúncia dessa convenção internacional, registrada, junto à OIT, em 1996, operou-se, quanto ao Brasil, a própria extinção do referido ato de direito internacional público, o que importa – considerada a integral cessação de sua eficácia – em situação configuradora de perda superveniente do objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade.

Não custa enfatizar, neste ponto, que, em decorrência do referido ato de denúncia, deixou de existir o próprio objeto sobre o qual incidiram os atos estatais – Decreto Legislativo 68/1992 e Decreto 1.855/1996 – questionados nesta sede de controle concentrado de constitucionalidade, não mais se justificando, por isso mesmo, a subsistência deste processo de fiscalização abstrata, independentemente da existência, ou não, no caso, de efeitos residuais concretos gerados por aquelas espécies normativas.

A situação que vem de ser referida, não obstante a peculiaridade de que se reveste, equipara-se – considerada a cessação da vigência doméstica da Convenção 158/OIT – à revogação superveniente de diplomas legislativos ou de atos estatais impugnados em sede de ação direta, fazendo instaurar, por isso mesmo, típica hipótese de prejudicialidade do processo de controle normativo abstrato.

Cabe rememorar, por oportuno, a propósito da situação que ora se registra na presente causa, que

a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em sucessivas decisões, tem enfatizado que a revogação superveniente dos atos estatais impugnados em ação direta de inconstitucionalidade – à semelhança do que ocorre com o exaurimento da eficácia das normas temporárias – provoca a extinção do processo de controle normativo abstrato, independentemente da existência de efeitos residuais concretos que possam derivar da aplicação dos diplomas questionados (*RTJ* 154/396, Rel. Min. Celso de Mello – *RTJ* 154/401, Rel. Min. Paulo Brossard – ADI 437-DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 17.08.1994 – ADI 876-RJ, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 01.07.1993 – ADI 1.063-DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 25.06.2001):

‘Arevoção superveniente do ato normativo impugnado prejudica a ação direta de inconstitucionalidade, independentemente da existência de efeitos residuais concretos. Esse entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal nada mais reflete senão a própria natureza jurídica do controle normativo abstrato, em cujo âmbito não se discutem situações de caráter concreto ou individual. Precedentes’ (*RTJ* 160/145, Rel. Min. Celso de Mello).

Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, julgo extinto este processo de controle abstrato de constitucionalidade, em virtude da perda superveniente de seu objeto.

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se. Brasília, 26 de junho de 2001.

Ministro Celso de Mello, Relator”.

Conforme o andamento do referido processo, observa-se que no dia 14.08.2001 decorreu o prazo para interposição de recurso de qualquer espécie da referida decisão de 26 de junho de 2001. Assim, em 16.08.2001, os autos foram remetidos à Seção de Baixa de Processos, e, por fim, no dia 21.08.2001, ocorreu a baixa ao arquivo do STF.

Não obstante, ainda se discute a constitucionalidade da referida denúncia da Convenção 158 da OIT pelo Brasil.

Existe inclusive outra ação direta de inconstitucionalidade em curso no STF, questionando o referido ato de denúncia, ainda pendente de decisão final, em razão de pedido de vista (ADIn 1.625-3).

A principal alegação é no sentido de que o Presidente da República não poderia, sem a participação do Congresso Nacional, denunciar a convenção aprovada (também) por este⁶.

Além disso, alega-se que a denúncia da Convenção 158, pelo Brasil, teria ocorrido fora do prazo permitido⁷.

6 Cf. SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 238: “Se as normas dos tratados, conforme reiteradamente tem decidido a Suprema Corte brasileira, se incorporam à legislação nacional, por ter sido a respectiva convenção aprovada pelo Congresso Nacional e depois ratificada pelo Presidente da República, revogando ou modificando as leis que dispunham em sentido contrário, parece-nos injurídico admitir sua revogação por simples ato administrativo do Poder Executivo. Até porque a legislação alterada ou revogada pela vigência nacional do tratado não se restabelece com a denúncia da sua ratificação (art. 1º [2º], § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro). A denúncia, por conseguinte, deve ser autorizada pelo Congresso Nacional ou submetida ao seu referendo com a cláusula de condição suspensiva, eis que a denúncia da ratificação, no sistema da OIT, só tem eficácia 12 meses depois de registrada na República Internacional”.

7 Cf. SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*, cit., p. 239: “Quanto à data em que o Estado pode denunciar a convenção ratificada, as disposições finais desse tratado normativo habitualmente prescrevem: ‘Todo Membro que tiver ratificado a presente convenção poderá denunciá-la no fim de um período de 10 anos, a partir da data da entrada em vigor inicial, mediante um ato comunicado, para ser registrado, ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho. A denúncia tornar-se-á efetiva somente um ano após a data do registro’. Duas posições antagônicas surgiram na interpretação dessa regra: a primeira, que prevalece no seio da OIT, entende que o decênio se conta da data em que teve início a vigência internacional da convenção. [...]. A segunda corrente, a que nos filiamos, considera que o decênio concerne à vigência da ratificação de cada país. O método de interpretação sistemática

Quanto à questão de ter sido a norma internacional denunciada somente por ato do Presidente da República, há entendimento de que essa prática é admissível, pois a sustentação da vigência do tratado depende da vontade de ambos os poderes de Estado, o Legislativo, representado pelo Congresso Nacional, e o Executivo, representado pelo Presidente da República. Passando a inexistir uma dessas vontades, o tratado deixa de vigorar.

Assim, tanto o Presidente da República, como o Congresso Nacional, cada um deles de forma autônoma, poderiam retirar a concordância quanto à vigência da norma internacional no ordenamento jurídico nacional.

Essa posição admite a denúncia do tratado tanto por ato isolado do Presidente da República, sob a forma jurídica de decreto, como pelo Congresso Nacional, sob a forma de lei⁸.

Nesse sentido, cabe transcrever as lições de José Francisco Rezek:

“Tenho como certo que o chefe de governo pode, por sua singular autoridade, denunciar tratados internacionais – como de resto vem fazendo, com franco desembaraço, desde 1926. [...]

Parece bastante lógico que, onde a comunhão de vontades entre governo e parlamento seja necessária para *obrigar* o Estado,

parece fundamentar essa conclusão, porque o § 2.º do mesmo artigo prescreve que, se o Estado não usar do direito de denúncia no prazo previsto no parágrafo anterior, ‘ficará obrigado, durante um novo período de 10 anos e, sucessivamente, poderá denunciar esta convenção à expiração de cada período de 10 anos, nas condições previstas neste artigo’. Ora, se o parágrafo alude a ‘um novo período de 10 anos’ para a vigência da ratificação nacional, é porque antes fluiu igual tempo de ratificação. Aliás, a lógica jurídica aponta para essa solução, porquanto afronta o bom senso admitir-se que um Estado possa denunciar um tratado que ratificou poucos dias antes, pelo fato de já vigorar no campo internacional há 10 anos”.

8 Em sentido divergente, cf. GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. *Direito constitucional do trabalho: aspectos controversos da automatização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 126: “A denúncia deveria ter sido firmada com a consulta ao Congresso Nacional. Esta inobservância macula a forma rescisória firmada pelo Governo Brasileiro”.

lançando-o numa relação contratual internacional, repute-se suficiente a vontade de um daqueles dois poderes para *desobrigá-lo* por meio da denúncia. Não há falar, assim, à luz impertinente do princípio do ato contrário, que, se as duas vontades tiverem de somar-se para a conclusão do pacto, é preciso vê-las de novo somadas para seu desfazimento. Antes, cumpre entender que as vontades reunidas do governo e do parlamento presumem-se firmes e inalteradas, desde o instante da celebração do tratado, e ao longo de sua vigência pelo tempo afora, como dois pilares de sustentação da vontade nacional. Isso levará à conclusão de que nenhum tratado – dentre os que se mostrem rejeitáveis por meio de denúncia – deve continuar vigendo *contra a vontade* quer do governo, quer do Congresso. O ânimo negativo de um dos dois poderes políticos em relação ao tratado há de determinar sua denúncia, visto que significa o desaparecimento de uma das bases que se apoiava o consentimento do Estado” (destaques do original)⁹.

É certo que no caso do Congresso Nacional, como se exige uma *lei* para a referida denúncia da norma internacional anteriormente ratificada, para que a referida modalidade legislativa específica seja aprovada, o respectivo processo impõe a promulgação e sanção pelo Presidente da República, com posterior publicação da lei. Nesse aspecto, observa-se certa posição diferenciada do Presidente da República em comparação com o Congresso Nacional, quanto ao tema da denúncia dos tratados, o que decorre do processo legislativo em vigor, previsto na Constituição da República.

Sobre essa questão, ainda segundo José Francisco Rezek:

“Aceito que seja esse ponto de vista, ter-se-ão como válidas todas as denúncias resultantes do puro alvitre governamental. Em contrapartida, estará também aceita a tese de que a vontade do

9 REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 115-116.

Congresso é hábil para provocar a denúncia de um pacto internacional, mesmo quando não coincidente com as intenções do poder Executivo. Neste passo, é imperioso reconhecer o desequilíbrio reinante entre os instrumentos de ação do governo e os do Congresso. Se o intento de denunciar é do primeiro, o ato internacional pertinente dará sequência imediata à decisão do presidente da República – a quem se subordinam todos os mecanismos do relacionamento exterior e todos os condutos da comunicação oficial com nações estrangeiras e demais pessoas jurídicas de direito das gentes. Tendo origem no Congresso o propósito da denúncia, não deixará de recair sobre o Executivo a responsabilidade por sua formulação no plano internacional. De par disso, o meio com que o Congresso exteriorize sua vontade ante o governo não pode ser um decreto legislativo de ‘rejeição’ do acordo vigente – à falta de previsão de semelhante ato na faixa da competência exclusiva do parlamento. Por exclusão, cabe entender que a *lei ordinária* é o instrumento próprio a que o Legislativo determine ao governo a denúncia de tratados, tal como fez em 1911, no domínio extradicional.

A lei ordinária, entretanto, não é produto exclusivo do parlamento, visto que depende de sanção do chefe do governo. Este vetará o projeto caso discorde da ideia da denúncia; e só o verá promulgado, contra sua vontade, caso assim decida a maioria absoluta do total de membros de cada uma das casas do Congresso. Aqui se encontra a evidência maior do desequilíbrio entre a manifestação de vontade do governo e a expressão da vontade do Congresso, no sentido de desvincular o país de um pacto internacional. A segunda não apenas percorre, na forma, caminhos oblíquos: ela deve, antes de tudo, encontrar-se escorada no amplo *quorum* que nossa ordem constitucional reclama para a rejeição do veto presidencial” (destaques do original)¹⁰.

10 REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar, cit., p. 116-117.

Por fim, em relação ao prazo em que a referida denúncia foi feita pelo Brasil, o entendimento que vem prevalecendo, inclusive no plano da Organização Internacional do Trabalho, é no sentido de que o mencionado decênio deve ser contado da data em que teve início a vigência internacional da convenção¹¹.

Assim, como reconhece Arnaldo Süssekind, “no caso da Convenção n. 158, porque essa vigência ocorreu a 23 de novembro de 1985, os países que a ela aderiram tiveram oportunidade de denunciá-la entre 23 de novembro de 1995 e 22 de novembro de 1996”¹².

Na hipótese em estudo, a denúncia ocorreu dentro desse prazo, como se verifica pelo Decreto 2.100, de 20 de dezembro de 1996, o qual tornou público que deixou de vigorar para o Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997, a Convenção da OIT 158, “visto haver sido denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada, por esta última, a 20 de novembro de 1996”.

Ainda quanto ao tema, no âmbito da União Europeia, a despedida coletiva é objeto de previsão na Diretiva 98/59, que codificou a Diretiva 75/129, modificada pela Diretiva 92/56¹³.

4. Dispensa coletiva

A Convenção 158 da OIT estabelece disposições complementares, sobre o término da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos.

Trata-se da chamada *dispensa coletiva*, pois relacionada aos

11 Cf. GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. *Direito constitucional do trabalho: aspectos controversos da automatização*, cit., p. 124.

12 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*, cit., p. 239.

13 Cf. MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del trabajo*. 31. ed. Madrid: Tecnos, 2010. p. 491.

fatores acima indicados. Justamente por isso, é comum ocorrer a terminação de vínculos de emprego de um conjunto ou grupo de empregados, em razão do mesmo motivo de ordem objetiva¹⁴.

Ainda assim, o critério específico, para a correta qualificação da dispensa como de natureza coletiva, no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, não é propriamente o número de empregados dispensados, mas sim a existência de motivo de ordem econômica, tecnológica ou estrutural, como se observa na Parte III da Convenção 158 da OIT¹⁵.

Tratando da necessidade de consulta aos representantes dos trabalhadores, de acordo com o art. 13 da Convenção 158 da OIT:

1. Quando o empregador prevê términos da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos:

a) proporcionará aos representantes dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno, a informação pertinente, incluindo os motivos dos términos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados e o período durante o qual seriam efetuados esses términos;

14 Cf. MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín; GARCÍA MURCIA, Joaquín. *Derecho del trabajo*. 20. ed. Madrid: Tecnos, 2011. p. 773: “la calificación de despido colectivo corresponde a la extinción del contrato de trabajo que se caracteriza por dos elementos necesariamente concurrentes (...): su causa, que es de carácter económico o inherente al funcionamiento de la empresa, y su alcance personal, puesto que ha de afectar a todos o, al menos, a una parte significativa de los trabajadores, dentro de un período temporal determinado”.

15 Cf. MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. São Paulo: LTr, 2000. p. 216: “A Convenção não conceitua dispensa coletiva, fazendo apenas referência a motivos econômicos, tecnológicos, estruturais e análogos. Além disso, não estabelece critério quantitativo determinado, nem fixa limite em relação ao número de trabalhadores para caracterizá-la. Ou seja, os procedimentos previstos nos arts. 13 e 14, relativos à dispensa coletiva, independem do número de dispensas ocorridas, podendo ser aplicados até em caso de dispensa de apenas um trabalhador. Entretanto, o § 2º, do art. 14 permite ao legislador nacional aplicar tais procedimentos a partir da dispensa de determinado número de empregados”.

b) em conformidade com a legislação e a prática nacionais, oferecerá aos representantes dos trabalhadores interessados, o mais breve que for possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os términos e as medidas para atenuar as consequências adversas de todos os términos para os trabalhadores interessados e afetados, por exemplo, achando novos empregos para estes.

2. A aplicação do parágrafo 1 do presente artigo poderá ser limitada, mediante os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção, àqueles casos em que o número de trabalhadores, cuja relação de trabalho tiver previsão de ser terminada, for pelo menos igual a uma cifra ou uma porcentagem determinadas do total do pessoal.

3. Para efeitos do presente artigo, a expressão “representantes dos trabalhadores interessados” aplica-se aos representantes dos trabalhadores reconhecidos como tais pela legislação ou a prática nacionais, em conformidade com a Convenção sobre os Representantes dos Trabalhadores, em 1971.

O aspecto de maior relevância refere-se à necessidade de o empregador proporcionar aos representantes dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno, *informações pertinentes, incluindo os motivos dos términos previstos*.

Trata-se de importante previsão, garantindo o chamado *direito à informação*, que é considerado uma garantia fundamental, inserido por parte da doutrina entre os direitos humanos de quarta dimensão, juntamente os direitos à participação democrática e ao pluralismo¹⁶.

Reconhece-se, portanto, a necessidade de diálogo e transparência nas relações de trabalho, especialmente quanto às

16 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 525.

dispensas coletivas, tendo em vista as suas relevantes repercussões, normalmente negativas, para a sociedade.

Quanto à notificação à autoridade competente, nas hipóteses de dispensa coletiva (ou seja, fundadas em motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos), o art. 14 da Convenção 158 prevê, novamente reportando-se à legislação interna, que:

“Em conformidade com a legislação e a prática nacionais, o empregador que prever término por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, deverá notificá-los o mais breve possível à autoridade competente, comunicando-lhe a informação pertinente incluindo uma exposição, por escrito, dos motivos dos termos previstos, o número e as categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados e o período durante o qual serão efetuados esses termos.

2. A legislação nacional poderá limitar a aplicabilidade do parágrafo 1 do presente artigo àqueles casos nos quais o número de trabalhadores, cuja relação de trabalho tiver previsão de ser terminada, for pelo igual a uma cifra ou uma porcentagem determinadas do total do pessoal.

3. O empregador notificará às autoridades competentes os termos referidos no parágrafo 1 do presente artigo com um prazo mínimo de antecedência da data em que seriam efetuados os termos, prazo que será especificado pela legislação nacional”.

Essa prévia notificação à autoridade competente, assim como a já mencionada informação e consulta aos representantes dos trabalhadores, entretanto, ainda não é prevista, ao menos de forma expressa, em nossa legislação interna¹⁷, nada impedindo que seja adotada, mesmo que em instrumentos normativos decorrentes da negociação coletiva.

17 Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 968-969.

Na realidade, seria de extrema relevância que ocorresse a adequação e o aperfeiçoamento da legislação brasileira quanto ao tema, como forma de regular e restringir a dispensa coletiva, instituindo a chamada responsabilidade social na sua prática, pois, como já destacado, são diversas as consequências decorrentes, que atingem não apenas os trabalhadores despedidos, mas a própria comunidade do local e mesmo a sociedade em seu todo¹⁸.

Os mencionados desdobramentos podem ser extremamente negativos, como o desemprego em massa, acompanhado de efeitos nefastos, como o aumento da miséria e da própria criminalidade.

Registre-se, ainda, que o Tribunal Superior do Trabalho, ao decidir caso envolvendo despedida coletiva, proferiu a seguinte decisão, em dissídio coletivo, na qual fixou o entendimento, aplicável “para casos futuros”, quanto à necessidade de negociação coletiva “para a dispensa em massa de trabalhadores”¹⁹:

“RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. DISPENSAS TRABALHISTAS COLETIVAS. MATÉRIA DE DIREITO COLETIVO. IMPERATIVA INTERVENIÊNCIA SINDICAL. RESTRIÇÕES JURÍDICAS ÀS DISPENSAS COLETIVAS. ORDEM CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EXISTENTE DESDE 1988. A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma

18 Cf. MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*, cit., p. 216: “Segundo a Convenção, as dispensas coletivas devem ser evitadas ao máximo e, sempre que possível, limitadas. Nesse caso, seus efeitos devem ser atenuados, observando-se determinados procedimentos. Assim, só podem ser efetivadas após a informação e consulta aos representantes dos trabalhadores e notificação prévia às autoridades competentes”.

19 Cf. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1176-1177.

sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes. A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o funcionamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas tem natureza massiva. O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea – sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada – é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada. As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora, somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado *hobbesiano* na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional como a de 1891, já há mais um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções

internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a direitos humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontestável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores. DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS. A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por se tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III,

CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, *para casos futuros*, de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores, observados os fundamentos supra. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial.” (TST, SDC, RODC 309/2009-000-15-00.4, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, *DEJT* 04.09.2009).

A rigor, essa temática deveria ser objeto de disciplina legislativa específica e própria, no âmbito da regulamentação do art. 7º, inciso I, da Constituição da República, seguindo os parâmetros gerais estabelecidos pela Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho.

5. Conclusão

A despedida coletiva pode ser entendida modalidade de cessação do contrato de trabalho, por ato unilateral do empregador, decorrente de motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, normalmente acarretando a terminação de vínculos de emprego de um conjunto ou grupo de empregados, em razão do mesmo fundamento de ordem objetiva.

Por acarretar consequências sociais negativas, deve-se sempre buscar formas alternativas à sua ocorrência. Mesmo

quando inevitável, deve ser precedida de formalidades, consultas e negociações, com o fim de amenizar os seus desdobramentos prejudiciais aos trabalhadores e à sociedade.

Apesar da importância do tema, o Brasil ainda não possui uma regulamentação da dispensa coletiva, omissão esta que merece ser sanada, levando em consideração os parâmetros fixados pela Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho.

De todo modo, em razão da omissão legislativa, o Tribunal Superior do Trabalho, no âmbito de dissídio coletivo de natureza jurídica, decidiu que a negociação coletiva passou a ser necessária para a referida modalidade de despedida, mas a questão permanece controvertida, seja em razão da dificuldade de se identificar as hipóteses em que a dispensa deve ser assim considerada, seja em razão de questionamentos quanto à legitimidade de se impor, por meio de decisão judicial, comando de natureza normativa e genérica.

Cabe assim, acompanhar a evolução legislativa, jurisprudencial e doutrinária a respeito da matéria.

CONSIDERAÇÕES PARA A REGULAMENTAÇÃO DAS DEMISSÕES COLETIVAS NO BRASIL

Eduardo Soto Pires (*)

Introdução

O estudo jurídico das dispensas coletivas se mostra de interesse crescente diante do momento de intensa crise econômica que afeta a economia mundial com seus resultados visíveis nas empresas e no mercado de trabalho. Em tal cenário da vida real, a dispensa coletiva, assim como outras medidas trabalhistas (como as reduções da jornada de trabalho e as suspensões temporárias dos contratos de trabalho, por exemplo), representam algumas das ferramentas utilizadas por empresários do mundo todo diante da premente necessidade de reduzir perdas econômicas.

O ponto mais importante que envolve o tema das dispensas coletivas é o conjunto de impactos sociais e econômicos que resultam de sua ocorrência, sendo importante constatar que o problema se apresenta como duas faces de uma mesma moeda: por um lado, observa-se a vertente econômica, sendo inquestionável que a manutenção da empresa é algo desejável por todos (trabalhadores, economia, governo, etc.), e, por outro, o lado social (cujos efeitos prejudiciais vão mais além dos trabalhadores afetados pela demissão, em função da sua natureza coletiva).

(*) *Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Autônoma de Madrid. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Puc/SP. Advogado. Autor do livro: “Demissões Coletivas – lições para sua regulamentação futura no sistema jurídico brasileiro”, pela editora LTR. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior.*

Sendo um problema de grande envergadura, está claro que a demissão coletiva de trabalhadores não pode permanecer às margens de uma regulação, por menor que seja. A ausência generalizada de uma normativa sobre a dispensa coletiva – tal como se verifica no Brasil - resulta em um desequilíbrio na instalação dos meios produtivos, pois os empresários podem, em um primeiro momento, entender que estão economizando gastos ou tendo mais liberdade na gestão de sua força de trabalho. Num cenário de inexistência normativa, cabe ao Judiciário tomar decisões que minimizem os conflitos, mas isto nem sempre ocorre de forma a contentar ambas as partes envolvidas. A insegurança jurídica, portanto, implica em maiores gastos e, em última análise, contribui para a falta de competitividade do mercado brasileiro, quando o assunto é a instalação da mão de obra.

Procuramos com este ensaio jurídico, reproduzir os temas mais relevantes do estudo que realizamos em nossa obra anterior (*“Demissões Coletivas, Lições Para sua regulamentação futura pelo Sistema Jurídico Brasileiro”*, Editora LTr, 2012), com o humilde objetivo de fomentar o debate sobre o tema das demissões coletivas no Brasil.

No presente trabalho, deixamos de reproduzir as especificidades do modelo espanhol de regulamentação da dispensa coletiva (o qual entendemos ser um bom modelo para seguimento pelo legislador nacional, dada a longevidade do instituto, no meio jurídico espanhol, resultando já em um modelo legislativo maduro e evoluído juridicamente). Por outro lado, focaremos nosso estudo com breves comentários sobre a normativa internacional (OIT) e Europeia (Diretivas da União Europeia) e o cenário jurídico brasileiro atual.

Visando garantir uma abordagem mais sintética sobre o tema, neste trabalho não avaliaremos os projetos de lei que se encontram em tramitação no Congresso Brasileiro sobre o tema das demissões coletivas, projetos estes que já analisamos no estudo anterior.

Nossa intenção, naquele e neste trabalho, é demonstrar a necessidade de urgente preenchimento, pelo legislador nacional, da lacuna existente no tema das dispensas coletivas, destacando, em apertada síntese, os pontos que devem ser levados em consideração no processo de debate legislativo que deverá resultar na regulamentação do tema das demissões coletivas no Brasil.

Em outras palavras, esperamos que o debate a ser enfrentado pelos operadores do Direito brasileiro (em especial os legisladores) possa conciliar economia de mercado com sustentabilidade e bem-estar social. Esta é, em suma, nossa intenção com a publicação deste trabalho.

1) A Dispensa Coletiva – Normativa Internacional e Europeia

1.1) As normas da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre o tema

1.1.1) Generalidades

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) é um organismo internacional que tem entre seus objetivos a aprovação de uma regulamentação de temas trabalhistas de caráter universal, por meio de normas que estabeleçam condições mínimas e aplicáveis a todos os países membros. Essas normas dividem-se em Convenções e Recomendações. As Convenções são incorporadas aos ordenamentos dos países membros que as ratificam, em procedimentos que variam de acordo com as regras de Direito Internacional Público de cada país. As Recomendações, como o próprio nome indica, são regras que visam orientar política e juridicamente os países membros com relação a um tema específico, deixando que o respectivo país seja encarregado de elaborar a norma específica que regule o tema objeto da recomendação.

Na Organização Internacional do Trabalho (OIT), o tema das dispensas coletivas é derivado das regras de proteção contra

dispensas arbitrárias, tema de muito debate e estudo no referido órgão internacional. Uma das primeiras normas internacionais da OIT sobre o tema da extinção das relações trabalhistas por iniciativa do empregador, incluindo a modalidade coletiva, foi a Recomendação 119, de 1963, inspirada na legislação alemã de 1951. Posteriormente, emitiu-se a Convenção 158¹, de 1982, que foi regulamentada pela Recomendação 166, do mesmo ano².

As normas internacionais em matéria de extinção da relação trabalhista (incluindo as normas que protegem da dispensa coletiva) têm um objetivo duplo: proteger o trabalhador de um término de relação trabalhista injustificado, e, ao mesmo tempo, permitir aos empregadores a extinção do contrato trabalhista em situações que se mostrem *justificadas*. Dentro da OIT há uma tendência compreensível à proteção do trabalhador diante das dispensas, por se entender que o trabalhador é a parte mais fraca da relação capital/trabalho. No entanto, essa proteção se demonstrou incompleta pelas limitações surgidas no momento da execução de suas medidas, uma vez que é difícil definir, com precisão, todas as causas que seriam injustificadas para a extinção dos contratos.

Na normativa da OIT não encontramos uma caracterização clara e precisa sobre o que se deve entender por dispensa coletiva, uma vez que a normativa contém apenas menções às motivações econômicas, tecnológicas, estruturais e análogas, sem que haja menção ao número de trabalhadores como elemento determinante para sua configuração prática. No entanto, parece-nos correta a intenção da OIT de apresentar definições gerais, já que deixam margem para que

1 Na Espanha, a convenção foi ratificada em 18 de fevereiro de 1985.

2 É importante destacar que a Comunidade Europeia já havia adotado regras sobre as dispensas coletivas antes mesmo da Convenção 158 da OIT, por intermédio da Diretiva 75/129 da CEE, do Conselho, de 17 de fevereiro de 1975, a qual depois foi revisada pela Diretiva 92/56 da CEE, do Conselho, que por sua vez encontra-se atualmente revisada e consolidada na Diretiva 98/59 da CE, do Conselho, de 20 de julho de 1998 (daí em diante Diretiva 98/59).

os países membros possam ajustar melhor os conceitos através de seus regulamentos internos, adaptando-os à sua própria realidade econômica e empresarial. De fato, seria um erro impor um sistema rígido, e único, uma vez que as realidades jurídicas são distintas de um país para o outro.

1.1.2) A Recomendação 119 da OIT

O primeiro regulamento internacional sobre as dispensas empresariais como causa de extinção dos contratos foi a Recomendação 119 da OIT³, a qual aconselhava os Estados a adotarem regras relativas ao término do contrato de trabalho e/ou redução de pessoal, mediante justificativa da dispensa, observação de um aviso prévio, indenização, reintegração entre outros direitos trabalhistas. Esta recomendação 119 foi pioneira também ao estabelecer o conceito de causalidade em nível internacional, substituindo a dispensa *ad nutun* pela dispensa com base na capacidade e conduta do trabalhador e a dispensa pelas necessidades (econômicas ou técnicas) do empregador. Como leciona a Prof^a. ALONSO BRAVO, estas necessidades do empregador “*deveriam ser precedidas de uma consulta prévia, o quanto antes, aos representantes dos trabalhadores com a finalidade de “prevenir ou limitar”, na medida do possível, as reduções de pessoal*”⁴. Nas palavras de MARTÍN RIVERA: “*aparentemente, a Recomendação 119 OIT desempenhou um papel importante na adoção das diferentes legislações dos Estados-membros, promovendo a proteção contra o término injustificado do contrato de trabalho, e fomentando desta forma a segurança do emprego*”⁵.

3 Recomendação nº 119 da OIT sobre extinção da relação de trabalho, adotada em 26/6/1963, em Genebra, na sessão da 47ª Conferência.

4 ALONSO BRAVO, Milagros. *Estrategias empresariales y extinción colectiva de los contratos de trabajo*. Reus, Madrid, 2008. p. 29.

5 MARTÍN RIVERA, Lucía. *El despido objetivo por necesidades de la empresa*. Reus, Madrid, 2008. p. 87.

Além disso, a Recomendação já estabelecia a necessidade do empresário informar à Autoridade trabalhista antes de proceder com a dispensa coletiva⁶.

1.1.3) A Convenção 158 OIT

O grande marco da Convenção 158 OIT reside na norma que estabelece a necessidade de justificativa para a extinção do contrato trabalhista por iniciativa do empregador. Segundo o artigo 4º da convenção⁷, deve existir uma causa que justifique a extinção, que precisa necessariamente estar relacionada com a capacidade ou a conduta do trabalhador, ou com as necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço. Para tanto, as causas justificativas da decisão do empregador de por fim ao contrato trabalhista podem ser causas vinculadas à pessoa do trabalhador ou causas alheias ao mesmo, que são as causas vinculadas com o funcionamento da empresa (tais como motivação econômica, de produção, organizacionais ou técnicas).

A Convenção 158 da OIT⁸, em seu artigo 13.2 aponta uma distinção entre a dispensa individual e a dispensa coletiva, uma vez que permite uma limitação às dispensas ocorridas por motivos econômicos, tecnológicos ou análogos, sempre que o número de trabalhadores afetados seja ao menos igual a uma porcentagem determinada em relação ao total dos trabalhadores no quadro ou centro de trabalho.

6 De fato, analisando o teor da Recomendação 119 da OIT, observa-se que seu texto foi recolhido, quase que integralmente, pela Diretiva 75/129 da CEE, a qual estudaremos com mais detalhe em capítulo próprio, a seguir.

7 Artigo 4º: “*Não se colocará fim a uma relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para tanto uma causa justificada, relacionada à sua capacidade ou sua conduta, ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço*”.

8 Adotado na Conferência Geral da OIT realizada em 22/06/1982, regulamentado pela Recomendação 166.

A Convenção não conceitua claramente o que vem a caracterizar uma dispensa coletiva, apenas a vincula a motivos econômicos, tecnológicos, estruturais e análogos⁹.

Outro fato importante é que a Convenção não faz menção expressa a um critério numérico para a caracterização da dispensa em termos coletivos, sendo que os procedimentos estipulados na Convenção independem do número de empregados atingidos pela dispensa. No entanto, a Convenção contém disposição expressa¹⁰ no sentido de permitir ao legislador nacional instituir critérios quantitativos para a aplicação dos procedimentos previstos.

Quanto aos *procedimentos*, as dispensas coletivas devem ser evitadas ao máximo e, sempre quando possível, seus efeitos devem ser limitados por meio de procedimentos estabelecidos com esta finalidade. Tais procedimentos são a comunicação prévia, a consulta aos representantes dos trabalhadores e a notificação prévia às autoridades trabalhistas competentes.

De acordo com o art. 13 da Convenção, o conteúdo da consulta aos representantes dos trabalhadores deve propiciar-lhes elementos necessários para a tomada de medidas oportunas, devendo o empregador notificar *em tempo oportuno* e apresentar informações *pertinentes*, que incluam os motivos que justificam a dispensa, o número e a categoria dos trabalhadores afetados, e o período pelo qual se levará a cabo a dispensa.

O art. 14 da Convenção estabelece a necessidade de comunicar à autoridade trabalhista competente a ocorrência da dispensa coletiva¹¹.

9 É importante destacar que estes caracteres encontram-se reproduzidos na Recomendação 166 da OIT, que desenvolve o texto da Convenção 158.

10 Art. 14 parágrafo 2.

11 Entretanto, a Recomendação 166 da OIT, por sua vez, confere à Administração um papel mais relevante do que o de mero receptor de comunicados, estabelecido na Convenção 158. Para tal, a Recomendação 166 indica que

Conforme os preceitos da Convenção, a não observação dos procedimentos previstos deve tornar a dispensa injustificada, não havendo sanções para o caso de descumprimento. Por outro lado, se as regras de procedimento não são observadas pelo empregador, a Convenção estabelece indenizações diferenciadas aos trabalhadores, ou seja, uma vez tomadas as medidas preventivas previstas no procedimento (comunicação e negociação com os representantes dos trabalhadores e comunicação à Autoridade trabalhista), a dispensa seria indenizada com as mesmas quantias estipuladas para a dispensa individual¹².

1.1.4) Breve comentário sobre a normativa da OIT

Analisada como um todo, pode-se concluir que a normativa internacional confere grande importância às medidas prévias que se pode adotar para impedir a dispensa ou, ao menos, para limitar os efeitos danosos que podem acarretar, sobretudo em sua modalidade coletiva. As normas da OIT preveem mecanismos prévios e posteriores à dispensa coletiva, com a participação da representação dos trabalhadores, sempre com vistas à apresentação de medidas

o papel da Administração não deve ser meramente passivo, mas deve tentar alcançar um acordo entre empregador e trabalhadores, e, quando tal acordo não for alcançado, sejam propostas medidas que atenuem ou minimizem os efeitos nocivos da dispensa, sem especificar quais seriam tais medidas. Por sua vez, os artigos 25 e 26 da Recomendação fazem referência a que a Administração estabeleça programas de ajuda na obtenção de um novo emprego, ou programas de preparação profissional, para facilitar a reinserção do trabalhador no mercado de trabalho, aplicável a todas as causas de dispensa, mas de maior transcendência nas dispensas por motivos de inovação tecnológica.

12 É importante ressaltar que, dada a natureza da norma internacional (flexível para a adaptação aos ordenamentos de cada país), a Convenção, também neste ponto, deixa clara a possibilidade de que os países estabeleçam indenizações diferenciadas. Com este mesmo princípio, a Convenção concede liberdade para que os países possam tanto conceder “poder de autorização” à autoridade trabalhista no procedimento a ser seguido na dispensa, como a possibilidade alternativa de que o ordenamento estabeleça uma indenização, ou a readmissão dos trabalhadores afetados, caso a dispensa coletiva não tenha sido autorizada. Em suma, a Convenção estabelece linhas gerais, não impondo um ou outro modelo a ser seguido pelos países signatários.

alternativas ou propostas que possam minimizar ou evitar os efeitos da dispensa. Além dos trabalhadores, determina-se a participação da Administração Pública (Ministério do Trabalho), como entidade *consultiva e propositiva* de alternativas à dispensa. Assim, cabe destacar que as regras internacionais não estipulam que as dispensas coletivas sejam necessariamente submetidas a uma ‘autorização prévia’ da Autoridade trabalhista.

1.2) Normas de Direito da União Europeia sobre a Dispensa Coletiva

Nos anos 70¹³, período de reestruturações empresariais intensas, a questão das dispensas coletivas foi incluída nos programas de ação social no âmbito da Comunidade Europeia. Duas diretivas principais devem ser mencionadas: a Diretiva 75/129, de 17 de dezembro de 1975, e a Diretiva 92/56 de 26 de junho de 1992, sendo que ambas estão atualmente codificadas na diretiva 98/59/CEE¹⁴.

A primeira delas, a Diretiva 75/129, tem seu fundamento no artigo 100 do Tratado de Roma. A justificativa para a adoção da Diretiva sobre dispensas coletivas surge em um cenário em que havia uma diversidade de leis sobre a matéria e a ausência de um procedimento comum, o que se poderia afetar o mercado comum europeu, causando concorrência entre grupos industriais europeus,

13 Sobre o tema ver GOERLICH PESET, José M. “Informe Técnico Jurídico sobre los despidos colectivos en la Europa comunitaria”. In *Seminario sobre Libertad de Empresa y Relaciones Laborales*. La Toja, 1993. BORRAJO DACRUZ, Efrén (Dir.) *La reforma del mercado de trabajo*. Actualidad, Madrid, 1993. p. 839-842.

14 Os antecedentes históricos de tais diretivas são: (i) a Carta Social Europeia, do Conselho Europeu, de 1965, posteriormente atualizada pelo Protocolo adicional de 1988; (ii) a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais, de 1986; e (iii) o Guia para empresas multinacionais da OCDE, de 1976, cuja declaração de princípios continha a recomendação de que as empresas deveriam comunicar eventuais modificações nos níveis de emprego às autoridades representantes dos trabalhadores.

gerando desequilíbrio nas relações entre os Estados-membros. Em outras palavras, evitou-se que os Estados-Membros adotassem políticas diferentes sobre o tema, o que poderia atrair empresas e desequilibrar a economia dos Estados.

Um dos objetivos da Diretiva 75/126/CEE foi a segurança da aplicação de uma disciplina comum sobre as dispensas coletivas em âmbito territorial da União Europeia (Comunidade Europeia naqueles tempos), inclusive nos casos em que a empresa tenha vários centros de trabalho¹⁵.

Por meio da referida diretiva definiu-se a dispensa coletiva e se apresentava como deveria ser seu procedimento, com divisão em duas fases distintas: uma de ‘consulta’ aos representantes dos trabalhadores e outra de intervenção administrativa. Conforme a Diretiva 75/129, a instituição das regras pautou-se pelos seguintes aspectos: *a)* necessidade de reforço à proteção aos trabalhadores, garantindo um desenvolvimento equilibrado da Comunidade Europeia; *b)* existência de diferenças nos procedimentos de dispensas coletivas entre os Estados-membros; *c)* problemática destas diferenças no Mercado Comum Europeu.

Com a Diretiva 92/56, alterações importantes foram introduzidas no regime das dispensas coletivas, dentre os quais destacamos: *a)* ampliação do conceito de dispensas coletivas, para inclusão de dispensas por motivos não inerentes à pessoa do trabalhador; *b)* inclusão do controlador da empresa, ou do grupo econômico, como responsável pela dispensa, imputando-se deveres de prestar informações, ainda que opere em um lugar distinto daquele da sede; *c)* inclusão das dispensas efetuadas por cessação da atividade empresarial, quando resultante de decisão judicial¹⁶.

15 De acordo com o ponto 13 da Exposição de Motivos de Diretiva do Conselho, de 13 de novembro de 1991, que modifica a diretiva 75/126, in VALDES DAL-RE, Fernando. *Relaciones Laborales*. La Ley, Madrid, 1994. p. 26.

16 A Diretiva 92/56 representou uma inovação ao estabelecer que, nos casos

Cabe mencionar, ainda, algumas inovações da Diretiva de 1992 quanto ao período de consultas. De fato, em primeiro lugar, amplia-se seu objeto para incluir questões relacionadas a medidas sociais com o objetivo de atenuar ou reduzir as dispensas e suas consequências; além disso, introduz-se o conceito de “tempo hábil”, durante o qual deve ser realizada a consulta; considera-se a possibilidade de que os representantes possam utilizar laudos de peritos; e, por último, a obrigação do empregador de indicar os critérios adotados na seleção dos empregados envolvidos na dispensa e o método utilizado no cálculo das indenizações, de acordo com a legislação de cada Estado membro.

De acordo com a Diretiva, foi concedido o prazo de dois anos para que os Estados-membros a incorporassem em seus respectivos ordenamentos internos.

É importante destacar que a diretiva 92/56 manteve os princípios relativos à intervenção administrativa, que já estavam previstos na diretiva anterior. A estes efeitos, foram mantidos os seguintes objetivos fundamentais: (i) obrigação de notificar a autoridade administrativa com relação ao projeto de dispensa coletiva que se queira levar a cabo; (ii) obrigação de encaminhar as informações juntamente com a notificação; (iii) obrigação de encaminhar cópia da notificação aos representantes dos trabalhadores afetados;

A nova diretiva tentou equilibrar as diferenças existentes entre os ordenamentos internos dos Estados-membros sobre o tema. Neste sentido, tentou-se levar em consideração, ainda, o fato que algumas empresas tinham suas sedes em um determinado Estado-membro e suas filiais em outro país-membro, o que causava insegurança jurídica, uma vez que havia uma infinidade de procedimentos aplicáveis quando da dispensa dos trabalhadores de uma empresa de grandes proporções (com presença em diversos países da união europeia).

de fechamento de empresas por determinação judicial, somente haveria necessidade de notificar a Administração quando houvesse exigência explícita neste sentido.

A Diretiva 92/56 teve como meta a incorporação de garantias de caráter formal para certos tipos de dispensa, introduzindo procedimentos de consulta e de comunicação aos representantes dos trabalhadores. Desde sua primeira edição, não se pretendeu harmonizar todo o regime de dispensas coletivas, limitando-se a assegurar ao representante dos trabalhadores o direito de participação junto ao empregador no processo prévio de adoção de medidas relativas às modificações no volume de emprego, motivadas por causas não inerentes à vontade dos trabalhadores afetados¹⁷.

Portanto, pode-se deduzir que o objetivo primeiro da Diretiva 92/56 foi apenas o de reforçar o direito de participação dos representantes dos trabalhadores no cerne do processo de dispensa coletiva por meio de um procedimento de consulta.

Pode-se dizer que as Diretivas introduziram, em realidade, um procedimento mínimo a ser adotado pelos Estados-membros, não afetando a faculdade de o empregador decidir sobre a dispensa coletiva, autorizando assim os Estados-membros a estabelecer regras mais favoráveis aos trabalhadores. Tomando-se como referência o estudo do respeitado Prof. VALDES DAL-RÉ¹⁸, e partindo-se do conceito de dispensa coletiva do texto comunitário, pode-se concluir (pelas palavras do Tribunal de Justiça da CEE na sentença de 12 de fevereiro de 1985¹⁹) que a diretiva “*não afeta a liberdade que tem o empregador de realizar as dispensas coletivas nem determina em*

17 Neste sentido, GOERLICH PESET, José M. “Informe Técnico Jurídico sobre los despidos colectivos en la Europa comunitaria. *In Seminario sobre Libertad de Empresa y Relaciones Laborales.*” La Toja, 1993. BORRAJO DACRUZ, Efrén (Dir.) *La reforma del mercado de trabajo.* Actualidad, Madrid, 1993. p. 846-847.

18 VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. “Los despidos por causa económica”, *In AAVV. VALDES DAL-RÉ, Fernando (Dir.) La reforma del mercado laboral.* Lex Nova, Valladolid, 1994, p. 400-401.

19 Questão 284/83. Repositorio de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, 1985, 2, p. 535 y SS.

que circunstâncias o empregador deve estabelecer a possibilidade de dispensas coletivas”.

1.2.1) O conceito de dispensa coletiva segundo o Direito da União Europeia

O Art. 1.1 da Diretiva 75/129 da CEE conceitua a dispensa coletiva como *aquela efetuada pelo empregador, por um ou vários motivos não inerentes à pessoa do trabalhador, quando o número de dispensas no período de trinta dias corresponda a:*

a) dez trabalhadores cujo centro de trabalho tenha habitualmente entre vinte e cem trabalhadores;

b) dez por cento do número de trabalhadores, em centros de trabalho que tenham habitualmente entre cem e trezentos trabalhadores;

c) ou vinte trabalhadores, seja qual for o número de trabalhadores habitualmente empregados nos centros de trabalho implicados, desde que a dispensa se verifique dentro de um período de trinta dias.

O conceito acima se mostra complexo, já que contém elementos tanto de caráter subjetivo (resolução unilateral do empregador) como qualitativo (relativos à motivação da dispensa) e quantitativo (relativo ao número de trabalhadores afetados). Logo, a dispensa coletiva, de acordo com a norma comunitária, é caracterizada pelos seguintes elementos:

(i) *subjetivo* (iniciativa do empregador);

(ii) *causal* (motivo não pertencente à pessoa do trabalhador);

(iii) *numérico* (alcance de determinado número de trabalhadores, em conformidade com o tamanho da empresa); e

(iv) *temporal* (dispensas realizadas dentro de determinado período).

1.2.2) Casos excluídos do conceito de dispensas coletivas na normativa europeia

Não se incluem no conceito de dispensa coletiva os seguintes casos:

- a) contrato por prazo determinado;
- b) trabalhadores da Administração Pública;
- c) tripulantes de embarcações marítimas;
- d) dispensas resultantes de cessação da atividade empresarial resultantes de decisões judiciais.

No caso da alínea *d* cabe aos Estados-Membros decidir quanto à aplicação do procedimento previsto para as dispensas coletivas, apenas quando assim determinar a legislação do Estado-membro²⁰.

1.2.3) Procedimento, segundo a normativa europeia.

Em princípio, a diretiva 75/129 previa três fases distintas para as dispensas coletivas: (i) consulta junto aos representantes dos trabalhadores; (ii) intervenção da Autoridade trabalhista; e (iii) fixação do período em que poderá ser realizada a dispensa.

As reformas introduzidas pela diretiva 92/56 resultaram em modificações no período de consultas, que tiveram como objetivo a atenuação das consequências prejudiciais das dispensas coletivas. A introdução de um conjunto de medidas sociais de acompanhamento, com o objetivo de readaptar ou realocar os trabalhadores em outros postos de trabalho, foi consequência dessas reformas. Segundo parte da doutrina, a modificação resultou inócua, pois não se fez menção expressa a que constituiriam tais medidas sociais

²⁰ Na Espanha, o legislador regulou a dispensa coletiva judicial, que é decidida pelo juiz concursal (e não a autoridade trabalhista) quando a empresa se encontra em um processo de concurso de credores [recuperação extrajudicial].

de acompanhamento²¹. Vimos em detalhe em que se constituem as ‘medidas de acompanhamento’, quando de nosso estudo das especificidades do modelo espanhol, que acolhe o chamado “*Plano de Acompañamiento Social*”, (também chamado de “plano social”) como uma das exigências para que o empregador possa efetuar a dispensa coletiva na Espanha.

Voltando ao procedimento previsto na legislação europeia, uma vez encerrado o período de consultas, o empregador deverá informar a autoridade administrativa²², juntando cópia dos documentos que comprovem a realização da negociação. A autoridade administrativa, por sua vez, deverá inicialmente *exercer funções mediadoras*²³ com o objetivo de atenuar as consequências da medida. Cabe destacar que em nenhum momento as normas do Direito Europeu impõem um controle administrativo *ex ante*²⁴, nem concede à Autoridade trabalhista um papel *autorizador* neste procedimento. Além disso, não interferiram no poder de decisão do empregador quanto ao momento oportuno para que se possa efetivar as dispensas.

Ao reforçar o instituto do período de consultas, o legislador comunitário objetivou o acordo entre as partes, ou, alternativamente, a busca de soluções que pudessem minimizar os efeitos das dispensas levadas a cabo. A finalidade prevista seria alcançada por meio de um controle judicial ou administrativo, à livre escolha do Estado-membro, o que pode ser entendido como uma preservação da liberdade da empresa.

21 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.” In AAVV. MONEREO PEREZ, José Luis (coord.) *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*. Sin ed. Granada, 1996. p. 459.

22 Ao que também nos referimos como *Administração* ao longo do presente trabalho.

23 ÁVILA ROMERO, Manuel. *Relaciones laborales*. La Ley, Madrid, 1995. p. 21.

24 Na STJCE de 12.2.1995 (caso 284/93) foi declarado que a Diretiva 75/129 “não garante o controle administrativo *ex ante* à opção empresarial de dispensar”.

A consulta aos representantes dos trabalhadores teve como objetivo imprimir maior efetividade à negociação coletiva, além de maior eficácia à intervenção dos referidos representantes no processo da dispensa coletiva²⁵. Não há obrigatoriedade de que o empregador indique por escrito quais seriam as medidas alternativas que se poderiam adotar frente à dispensa coletiva anunciada²⁶.

Por outro lado, a diretiva enfatiza o direito dos representantes dos trabalhadores a *toda informação pertinente*. Portanto, o empregador deve indicar por escrito os motivos da dispensa, o número e a categoria dos empregados afetados, o número e a categoria dos empregados fixos, o período em que serão efetuadas as dispensas, os critérios utilizados para selecionar os trabalhadores (sem que jamais se produza discriminação na seleção) e, ainda, o método utilizado para o cálculo das indenizações. Além disso, as partes poderão utilizar laudos de peritos para justificar seus posicionamentos.

Como se vê, o procedimento de consultas tem por objetivo a celebração de um acordo entre as partes, ou a proposição de medidas alternativas à dispensa. Na opinião de LÓPEZ MOSTEIRO²⁷, os representantes dos trabalhadores não devem apenas escutar passivamente, pois a diretiva tem por objetivo que as partes apresentem propostas concretas de acordo. Ou seja, espera-se que as partes tenham um comportamento ativo de negociação²⁸.

Em realidade, o período de consultas tem como resultado um controle dos trabalhadores sobre a veracidade dos fatos alegados e

25 LÓPEZ MOSTEIRO, Ricardo. La directiva comunitaria n. 75/129 del 17 de febrero sobre despidos colectivos. In Seminario sobre Libertad de Empresa y Relaciones Laborales. La Toja, 1983, BORRAJO DACRUZ, Efrén. (Dir.) *La reforma del mercado de trabajo*. Actualidad Editorial, Madrid, 1993, p. 819

26 Nesse sentido o artigo 2.2 da diretiva 92/56 estabelece que: “As consultas versarão, no mínimo, sobre as possibilidades de se evitar ou reduzir as dispensas coletivas e de atenuar suas consequências, mediante o recurso à medidas sociais de acompanhamento destinadas, em especial, à ajuda para a readaptação ou a recolocação dos trabalhadores dispensados.”

27 LÓPEZ MOSTEIRO, Ricardo. Op. cit. p. 819.

28 Nesse sentido o artigo 2.3 da diretiva 92/56: “permitir que os representantes dos trabalhadores possam formular propostas construtivas”.

uma comprovação do motivo alegado pela empresa para a dispensa coletiva. Ainda que não se chegue a um acordo basta a tentativa, desde que verificada a boa-fé na negociação.

Por último, as dispensas coletivas produzirão efeitos depois de trinta dias da notificação à autoridade administrativa.

É importante que se note que as diretivas não contêm nenhuma sanção para os casos de descumprimentos de suas normas, cabendo aos Estados-membros a competência para regular a questão.

1.2.4) Crítica ao ordenamento europeu sobre dispensas coletivas

Uma vez estudada brevemente a normativa europeia em termos de dispensas coletivas, pode-se apontar uma crítica à referida normativa.

Em nossa opinião, existe certa incompatibilidade entre os procedimentos apresentados pela normativa, ou seja, de um lado incentiva-se o diálogo social, estabelecendo-se um amplo incentivo para que as partes conheçam os argumentos uma da outra, e ofereçam alternativas negociadas para minimizar ou evitar as dispensas coletivas, o que produz efeitos benéficos. No entanto, a mesma normativa estabelece um intervencionismo obrigatório do Estado, na medida em que submete o sistema a uma avaliação estatal.

Nesse sentido, ainda que a normativa europeia não determine categoricamente a necessidade de *autorização do Estado*, é clara a intenção de colocar o Estado no centro da solução do problema²⁹. Esta submissão à Autoridade trabalhista mostra-se um tanto inflexível,

29 Já podemos antecipar que a doutrina entende que a autorização da administração é uma das características mais importantes do sistema espanhol, que contrasta com a normativa europeia. Sobre o tema, NAVARRO NIETO diz que a autorização é “*la clave de bóveda del sistema español de los despidos colectivos*” (NAVARRO NIETO, Federico. *Los despidos colectivos*. Civitas, Madrid, 1996 – p 195).

para não dizer prejudicial, para os empregadores nos Estados-membros que, como a Espanha, adotaram a diretiva para incluir uma autorização estatal à tramitação das dispensas coletivas³⁰.

Fato é que sempre que esteja apresentada e comprovada uma das causas autorizadoras, a Autoridade trabalhista não pode deixar de autorizar a dispensa coletiva, pois o ordenamento, em princípio, garante a possibilidade de se realizar a dispensa coletiva sempre que esta seja adequada aos rigores da lei. A decisão negativa da autoridade trabalhista deve estar necessariamente fundamentada e pode ser revista judicialmente.

Seria situação diversa caso a lei estipulasse que “*em qualquer caso, a decisão final quanto à autorização, ou não, da dispensa coletiva corresponderá à autoridade trabalhista*”. Neste caso, estaríamos de acordo que todo o processo fosse submetido ao poder da administração (Ministério do Trabalho). Entretanto, uma norma legal deste calibre seria mais típica de um regime autoritário do que de um Estado de Direito propriamente dito.

1.3) Conclusões Parciais sobre a regulação da OIT e normas da UE sobre Dispensas Coletivas

Da análise que fizemos sobre a normativa da OIT e as Diretivas da União Europeia a respeito do tema das dispensas coletivas, observa-se uma estreita relação entre ambos os ordenamentos, havendo uma clara influência das normas internacionais da OIT na construção das Diretivas pela União Europeia (à época “Comunidade Europeia”).

De fato, em ambos os ordenamentos observam-se procedimentos similares que devem ser observados nos casos de dispensas coletivas,

30 Voltaremos a esta questão em nossa crítica ao modelo espanhol de submissão da dispensa à “autorização” da autoridade trabalhista. Neste sentido, vide “*Demissões Coletivas. Lições para sua regulamentação futura pelo Sistema Jurídico Brasileiro.*” *Op. Cit.*).

sendo que o objetivo é o mesmo tanto na Convenção da OIT como nas Diretivas da UE, ou seja: prevenir ou evitar as dispensas coletivas, e, quando não se possa evitar, que estas sejam limitadas, ou que os efeitos de sua adoção sejam diminuídos.

Observa-se, ainda, que as Diretivas contêm precisões maiores ao diferenciar e definir as dispensas coletivas das demais dispensas, enquanto que as normas da OIT são, por sua própria natureza, mais genéricas. Exemplo disso é a Convenção 158 da OIT, que se limita a apontar as motivações econômicas, tecnológicas, estruturais ou análogas a estas, sem definir um número mínimo de trabalhadores que venha a caracterizar o elemento *coletivo* da dispensa. Por sua vez, as Diretivas, em especial a Diretiva 98/56, contêm a definição de um número mínimo que, uma vez ultrapassado, caracteriza a dispensa como coletiva.

Por outro lado, em nenhum desses conjuntos de normas especificam-se quais são os representantes dos trabalhadores aptos a representar os empregados no período de negociação. Para a OIT, podem ser tanto os representantes sindicais, como os trabalhadores eleitos diretamente na empresa.

Por último, pode-se notar que ambas as regulações (Convenção 158 da OIT e Diretiva 98/56) contêm a previsão da necessidade de comunicar à Autoridade trabalhista quanto à ocorrência da dispensa coletiva. Ainda que em nenhuma delas esteja estipulado o caráter *autorizador* da Autoridade trabalhista para que a dispensa possa ser levada a cabo, tampouco eliminam tal possibilidade, mas, ao contrário, deixam a critério do legislador nacional a adoção de medidas mais protetoras dos interesses dos trabalhadores (onde se inseriria o condicionamento da dispensa à autorização estatal)³¹.

31 Neste sentido PALOMEQUE LÓPES, Manuel Carlos, y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010. p. 789.

Feitas tais conclusões preliminares sobre os ordenamentos internacional e europeu sobre a dispensa coletiva, vejamos agora o seu contraste com o cenário brasileiro de ausência de regulamentação específica sobre o tema.

2) Breves Comentários sobre o Sistema Brasileiro de Extinção dos Contratos de Trabalho

2.1) Generalidades

O marco geral da regulação das extinções dos contratos de trabalho no Brasil está disposto na Constituição Brasileira, de 5 de outubro de 1988, em seu título II (“Direitos e Garantias Fundamentais”), Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”), mais precisamente nos artigos 7 a 11, que garantiram aos trabalhadores diversos direitos trabalhistas. Por sua vez, os princípios gerais da atividade econômica estão assegurados no Título VII (“Da Ordem Econômica e Financeira”), Capítulo I (“Dos princípios gerais da atividade econômica”), mais precisamente no art. 170 do texto constitucional³², onde se garante a iniciativa privada e a liberdade empresarial.

Depois da Constituição, o Direito Trabalhista brasileiro está disperso em diversas leis, sendo a principal destas o Decreto-Lei nº 5.452/1943, de 1º de maio, com suas posteriores modificações, que é a chamada Consolidação das Leis do Trabalho, ou “CLT”, como é popularmente conhecida, e à qual nos referiremos adiante³³.

32 Os artigos mencionados do texto constitucional brasileiro estão compilados no Anexo Legislativo VII do presente trabalho.

33 Além da Constituição e das Leis ordinárias, o Direito do Trabalho brasileiro também tem como fontes: (i) os atos normativos do Executivo (decretos e regulamentos); (ii) as Ordens do Ministérios do Trabalho; (iii) as Sentenças Normativas, que produzem efeitos as partes da ação (que são decisões da Justiça do Trabalho – equivalente à *orden de lo social* na Espanha – sobre

A combinação entre a proteção dos direitos dos trabalhadores e a liberdade de empresa, resulta em um sistema híbrido, no qual não existe uma garantia de permanência na empresa por força do contrato de trabalho, exceto para as situações de proteção previstas na lei (o que se conhece como “estabilidade no emprego”)³⁴.

Nas dispensas por justa causa, o empregador não tem que pagar a indenização pela dispensa, mas para que seja válida, é necessário que ocorra uma causa contemplada pela lei, recaindo sobre o empregador o ônus da prova em caso de ação judicial que questione a validade da dispensa.

Em caso de dispensa sem justa causa, elas podem ocorrer por simples decisão do empresário, ou seja, no atual modelo brasileiro o empresário tem ampla liberdade no momento de promover a extinção individual dos contratos de trabalho por tempo indeterminado, sem a necessidade de apontar a causa pela qual decidiu extinguir o contrato (basta dizer que se trata de dispensa “sem justa causa”), mas a extinção será sempre acompanhada da indenização contratual correspondente (cujo prazo para pagamento é de dez dias contados a partir da notificação da dispensa).

Antes de realizar a dispensa em qualquer modalidade o empregador deve conceder um aviso prévio mínimo de 30 dias, acrescido de mais 3 dias por cada ano trabalhado (até um limite

ações coletivas – empresas e sindicatos); (iv) as Convenções (“Convenções Coletivas de Trabalho”) e Acordos Coletivos de Trabalho; (v) os Regulamentos de Empresa; (vi) as disposições do contrato de trabalho; (vii) os usos e costumes em matéria trabalhista; e as normas do Direito Internacional do Trabalho (Convenções e tratados ratificados pelo Estado brasileiro).

34 As causas da estabilidade são: (a) trabalhadoras gestantes (art. 10 II, b) ADTC da Constituição); (b) representante eleito dos trabalhadores na Comissão de Prevenção de Acidentes do Trabalho da empresa (desde o registro da candidatura e até um ano após do término do mandato); (c) representantes sindicais (até 1 ano após o término do mandato); (d) trabalhador vítima de acidente de trabalho (até 1 ano depois da alta médica); (f) outras hipóteses negociadas em Convenção ou Acordo Coletivos do Trabalho e (g) outras hipóteses de menor ocorrência na prática das empresas.

máximo de 90 dias) corridos ao trabalhador, sendo que esse tempo pode ser cumprido na modalidade “trabalhada” (com redução da jornada diária, ou com 7 dias de liberação do empregado para procurar um novo emprego), ou na modalidade “indenizada”, com o pagamento do salário do período correspondente. Cabe ao empregador a escolha pela forma trabalhada ou indenizada do aviso prévio.

Dispostas as linhas gerais sobre as modalidades de dispensa, chegamos à conclusão de que no Brasil mediante o pagamento de indenização prevista em lei³⁵ e a observação do aviso prévio, o empregador pode terminar o contrato de trabalho a qualquer momento e sem necessidade de justificativa, sempre que o trabalhador não esteja enquadrado em nenhuma das formas de estabilidade no emprego, e sempre que a dispensa não implique a ocultação de uma forma de discriminação contra o trabalhador³⁶.

O grande jurista brasileiro CARRIÓN defende que até que não seja editada a Lei Complementar indicada no art. 7º da Constituição, o texto constitucional permite a dispensa sem necessidade de causa para sua verificação, já que a indenização do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS)³⁷ representa hoje em dia a compensação legal pela extinção do contrato pelo empregador. Nesse sentido, argumenta que: *“A lei complementar prevista deverá fixar os requisitos da dispensa arbitrária e suas consequências. Enquanto isso, não está vedada a dispensa geral, ao menos para os representantes dos*

35 Que é representada pelo pagamento do montante de 40% do saldo acumulado na conta vinculada trabalhador junto ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), conforme será explicado em detalhes a seguir.

36 Seria, por exemplo, nula uma dispensa de um trabalhador pelo simples fato de que este seja portador do vírus da AIDS (HIV), por exemplo.

37 Em breves palavras pode-se dizer que o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço é uma conta bancária formada pelos depósitos realizados pelo empresário no nome do trabalhador. O empregador tem que depositar mensalmente o valor equivalente a 8% das parcelas de natureza salarial que compõem a remuneração do trabalhador. Os depósitos mensais ficam acumulados numa conta administrada pela Caixa Econômica Federal, que o atualiza mediante critérios definidos em Lei. Os valores acumulados são impenhoráveis.

*trabalhadores nas comissões internas de prevenção de acidentes de trabalho (CIPA) e da trabalhadora gestante*³⁸. Para os demais casos, a proteção consiste unicamente no pagamento de 40% do saldo da conta vinculada do FGTS”³⁹. MESQUITA BARROS, no mesmo sentido, assinala que: “Até o momento, o legislador brasileiro não expediu a lei complementar prometida [no texto constitucional]. Enquanto isso, vigoram as regras constitucionais transitórias, que operam a elevação expressiva da indenização do FGTS em quatro vezes, consignada no art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias [anteriormente a indenização do FGTS era de 10% do montante acumulado, que depois da Constituição, passou a ser de 40%].”⁴⁰

Logo, podemos dizer que no Brasil o empregador pode levar adiante a dispensa individual sem necessidade de expressar uma causa ou motivo para se operar a referida dispensa. No entanto, o trabalhador tem direito a uma indenização prevista por lei para a extinção do contrato de trabalho sem motivo justo. Nesse cenário, somente os casos de estabilidade previstos na lei terão a dispensa anulada, devendo o empregador readmitir o trabalhador com o correspondente pagamento dos salários devidos até a efetiva readmissão.

Esse sistema imposto pela Constituição de 1988 (vigente) suprimiu o antigo sistema de estabilidade decenal⁴¹. Sobre o tema,

38 Entre outros casos de estabilidade previstos na legislação trabalhista, os principais são: (i) o ocupante de posto de dirigente sindical; (ii) o trabalhador vítima de acidente de trabalho; (iii) o trabalhador portador de doença laboral; (iv) o trabalhador eleito para o posto de representante dos trabalhadores na “Comissão de Prevenção de Acidentes” (existente em cada estabelecimento empresarial); (v) a trabalhadora gestante, desde a ciência da gravidez até 120 dias depois do parto.

39 CARRION, Valentim. “Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho”. 34ª Edição, atualizada por Eduardo Carrion. Saraiva, São Paulo, 2009. p. 359-360.

40 MESQUITA BARROS, Cássio. “Despedida Coletiva e seu regime jurídico”. “Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho”. São Paulo, v. 18, nº 18, janeiro/dezembro 2010. p. 53.

41 Esse sistema estabelecia a estabilidade de emprego aos trabalhadores que cumprissem 10 anos de serviço na mesma empresa (regime substituído pelo FGTS e sua indenização em caso de dispensa arbitrária).

o ilustre catedrático de Direito do Trabalho brasileiro, professor MANNRICH assinala: *“O empregador sempre teve amplo poder para dispensar o empregado, podendo rescindir o contrato com ou sem justa causa, limitando-se a pagar ou não uma indenização compensatória, conforme o caso. Não há intervenção do Estado no âmbito do exercício desse poder, nem o empregado por reaver o emprego, seja na instância judicial, seja na administrativa, exceto se portador de estabilidade decenal ou especial, podendo, ainda assim, a reintegração ser convertida em indenização.”*(...) *“A Constituição Federal de 1988 excluiu o regime da estabilidade decenal, ressalvado o direito adquirido e reconheceu algumas estabilidades especiais. Com isso, o novo regime de proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa resultou no pagamento de uma indenização compensatória, além de outros direitos a serem determinados por lei complementar, até hoje não editada. Ainda não há distinção entre dispensa arbitrária ou sem justa causa, nem entre dispensa individual e coletiva, podendo o empregador dispensar por qualquer motivo ou mesmo sem motivo, limitando-se a pagar uma indenização equivalente a 40% do FGTS.”*⁴²

LEITE DE CARVALHO⁴³, ao analisar o sistema que regula as dispensas no Brasil, comentou que: *“a proteção constitucional se realiza de modo contraditório: o empresário possui a faculdade de despedir qualquer empregado, desde que pague a indenização (...). O custo extraordinário do empresário se limita ao desembolso de 40% do FGTS, pois lhe cabe, em qualquer circunstância, recolher a contribuição mensal ao Fundo de Garantia.”* legislação brasileira, hoje em dia, não contém nenhuma disposição específica relativa às dispensas coletivas, como veremos em detalhe mais adiante.

42 MANNRICH, Nelson. *“Dispensa Coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social”*. LTr, São Paulo, 2000. p. 469.

43 LEITE DE CARVALHO, Augusto César. *“Proteção ao Trabalhador e ao seu direito de ação: o fundamento de valor na Espanha e (por que não) no Brasil”*. In *“Revista Trabalhista. “Direito e Processo”*. Editora Forense. Rio de Janeiro. Vol. XVII, fevereiro/março 2005. p. 21-39.

3) A Problemática sobre a “(In)aplicabilidade” da Convenção 158 Da Oit no Brasil. Discussões Doutrinárias

Como já estudamos, a Convenção 158 da OIT foi firmada em Genebra, em 22 de junho de 1982, e entrou em vigor (na esfera internacional) no dia 23 de novembro de 1985.

As normas de direito internacional público no Brasil determinam que os Tratados e Convenções internacionais sejam submetidos *a posteriori* à análise e aprovação do Congresso Nacional⁴⁴, para que, uma vez aprovados, possam produzir efeitos internos com força de lei ordinária. Por esse motivo a Convenção 158 da OIT foi submetida ao Congresso Nacional brasileiro, que o aprovou em 17 de setembro de 1992, por meio do Decreto Legislativo nº 68/1992⁴⁵. O governo brasileiro depositou a Carta de Ratificação da Convenção em 5 de janeiro de 1995, por meio do Decreto nº 1.855/1996.

No entanto, assim que foi ratificada pelo Governo, a Convenção 158 da OIT foi objeto de grande controvérsia na doutrina trabalhista brasileira quanto à sua vigência no território nacional.

De fato, para parte da doutrina o texto da Convenção entrou em vigor no Brasil com força de lei ordinária um ano após a sua ratificação (1996), posição defendida por autores de peso como MASCARO NASCIMENTO e SUSSEKIND⁴⁶, para os quais o texto constitucional brasileiro não contém nenhuma zona de conflito com o que estabelece a Convenção 158 da OIT.

44 Equivalente às “Cortes Generales” na Espanha, ou seja, é a reunião da câmara baixa (Congreso de los Diputados) e a câmara alta (Senado).

45 Todavia, a Convenção somente tem plena vigência depois de uma *vacatio legis* de doze meses, ou seja, entra em vigor doze meses depois que o instrumento de ratificação do Congresso é confirmado pelo Presidente da República.

46 Por exemplo: MASCARO NASCIMENTO, Amauri. “*Reflexos da convenção 158 da OIT sobre as dispensas individuais*”. In “Revista Trabalho & Doutrina”, nº 11, dezembro de 1996. p. 7; e também SUSSEKIND, Arnaldo. “*Aspectos Controvertidos da Convenção OIT-158*”, In Revista do Direito do Trabalhista (RDT) setembro de 1996, p. 30.

Para outra parte da doutrina, diferentemente, a Convenção nunca entrou em vigor no Brasil (BUENO MAGANO⁴⁷). O argumento desta última é que o artigo 7º da Constituição seria claro ao estabelecer que somente por meio de *lei complementar* (que é hierarquicamente superior), e não por lei ordinária (a que se equipara à Convenção internacional no direito interno brasileiro), é que se poderia alterar o regime de dispensas sem justa causa no Brasil.

A vigência da Convenção gerou uma nova discussão doutrinária sobre o conflito que existe entre a norma da OIT e a regulamentação clássica de extinção dos contratos de trabalho no Brasil⁴⁸. O estopim desse debate foram as decisões dos tribunais trabalhistas brasileiros, que perante o cenário de validade da Convenção começaram a ordenar a reintegração dos trabalhadores que haviam sido dispensados “sem causa”, fundamentando referidas sentenças na aplicação das novas diretrizes contidas na Convenção 158 da OIT. Tais decisões causaram grande polêmica entre a classe empresarial, que sempre questionou a compatibilidade das disposições da Convenção 158 da OIT com o regime “clássico” de indenização das dispensas sem justa causa. De fato, a Confederação Nacional do Transporte e a Confederação Nacional da Indústria (duas das maiores entidades patronais brasileiras) apresentaram uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, ação em que se argumentou a inconstitucionalidade dos dispositivos da Convenção 158 da OIT e a regulamentação que a havia inserido no direito interno do Brasil (ou seja, o Decreto Legislativo 68/92 e o Decreto 1855/96), frente ao artigo 7º da Constituição Brasileira. Os

47 BUENO MAGANO, Octavio. “*Convenção 158 da OIT*”. In “*Revista Trabalho & Doutrina*”, nº 11, dezembro de 1996. p. 39-40.

48 De um lado, estava o sistema clássico da “liberdade empresarial” (que permitia a dispensa sem necessidade de motivação, desde que mediante o pagamento da indenização prevista em lei) e de outro lado o novo sistema imposto pela Convenção 158, que por sua vez estabelecia o modelo de “estabilidade contratual” (em que se perpetua a relação trabalhista caso não haja um motivo – previsto em lei – que autorize o empregador a promover a dispensa).

ministros do Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 4 de setembro de 1997, aprovaram a medida cautelar que havia sido solicitada em referido processo para “*apartar qualquer entendimento que venha a ter as normas da Convenção 158 da OIT como auto-aplicáveis*”. Logo, por força da decisão do mais alto tribunal brasileiro, suspendeu-se a eficácia de todos os preceitos legais que fossem contrários às regras constitucionais e infraconstitucionais que disciplinavam a dispensa arbitrária ou sem justa causa dos trabalhadores⁴⁹.

Diante das intensas críticas empresariais e dos questionamentos sobre a constitucionalidade na Corte Suprema, o governo brasileiro contradizendo sua postura anterior, denunciou a Convenção 158 junto à OIT, depositando a carta de denúncia na OIT na data de 20 de novembro de 1996 por meio do Decreto nº 2.100/1996 de 20 de dezembro do mesmo ano⁵⁰.

Esse cenário, caracterizado por um período de curta vigência (entre janeiro e novembro de 1996), em que houve uma primeira ratificação seguida de uma denúncia por parte do Governo, gerou novo debate doutrinário que segue na atualidade, ainda que em menor intensidade: a legalidade da denúncia promovida pelo

49 A sentença está disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

50 Claudia Regina Salomão, em seu artigo “*A dispensa coletiva no ordenamento jurídico brasileiro e a influência da Convenção 158 da OIT*” (In Revista LTr, Legislação do Trabalho, vol. 72, nº 04, abril de 2008. p. 444-450) afirma categoricamente que: “*Verificando a situação atual e em busca de regulamentar o artigo 7º, inciso I da Constituição Federal, o atual presidente da república pretende enviar ao Congresso Nacional pedido de ratificação imediata da referida Convenção*”. Mais adiante no mesmo artigo a autora afirma: “*Após sua denúncia o Governo brasileiro vem retomando o assunto pretendendo enviar ao Congresso Nacional o pedido de nova ratificação da referida Convenção*”. De fato, por intermédio de ambas as afirmações a autora afirma que o Presidente da República pretende “ressuscitar” a vigência da Convenção 158 no Brasil. Apesar de nosso apreço pela autora e o reconhecido posicionamento pró-operário do “Presidente ex-sindicalista” sobre temas trabalhistas, não vimos na imprensa especializada brasileira nenhuma notícia que prove ser verdadeira a afirmação da autora. O Presidente pode estar trabalhando na aprovação da Lei Complementar mencionada no art. 7º da Constituição, mas por ora não se pode afirmar que se pretende revogar a denúncia da Convenção 158 junto à OIT.

governo brasileiro. A doutrina atual está dividida de um lado pelos defensores da vigência da Convenção e contrários à denúncia e de outro os defensores da denúncia, por entenderem que a Convenção é incompatível com o atual ordenamento constitucional brasileiro.⁵¹

Essa discussão resultou na apresentação de uma segunda “Ação Direta de Inconstitucionalidade”⁵², desta vez alegando como inconstitucional o decreto que continha a denúncia da Convenção 158 na OIT. Nessa ação argumentou-se a ineficácia da denúncia da Convenção mediante ato unilateral da Presidência da República do Brasil, defendendo-se a tese de que a denúncia não poderia ser levada adiante sem que a decisão governamental tivesse sido precedida de uma aprovação legislativa. Caso a demanda seja julgada procedente o ato de denúncia da Convenção deverá ser submetido a debate e aprovação do Congresso Nacional brasileiro, ou seja, tanto pela Câmara dos Deputados, como pelo Senado, o que significa que essa decisão poderá ser baseada em interesses políticos do momento, em detrimento da boa técnica jurídico-constitucional.

Entretanto, deve-se reconhecer que no cenário político brasileiro dos últimos anos não se observaram sinais políticos de que a decisão de cassar a denúncia governamental venha a ser tomada pelo Congresso Nacional brasileiro.

Isso porque, em verdade, o Congresso sempre teve a prerrogativa de a qualquer momento fomentar e levar a cabo o processo legislativo para promulgar a Lei Complementar de proteção à relação de emprego, prevista no artigo 7º da Constituição, independentemente da eficácia, ou não, da denúncia da Convenção 158 da OIT.⁵³ Em

51 Por não fazer parte do nosso objetivo neste trabalho e para não abrir um parênteses muito extenso, não adentraremos no estudo detalhado das correntes jurisprudenciais indicadas.

52 Processo STF nº ADI 1625-3 DF, disponível para consulta em “<http://www.stf.jus.br>”.

53 No sentido do nosso posicionamento: MARTINEZ, Luciano. In “*Curso de Direito do Trabalho*”. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 486.

outras palavras, não há motivos para que o Congresso aguarde a decisão do Supremo Tribunal Federal caso queira alterar de fato a regulação sobre a extinção dos contratos de trabalho. Além disso, exceto algumas iniciativas tímidas⁵⁴ (paradas nas “catacumbas” da política brasileira), a iniciativa legislativa de modificar o sistema de dispensas nunca foi tomada a sério pelos congressistas brasileiros.

Há que se esperar, portanto, a decisão do STF sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade do ato governamental de denúncia da Convenção 158 da OIT, assim como eventual desenvolvimento legislativo da Lei Complementar mencionada no art. 7º da Constituição, que por sua vez, deverá regular a dispensa sem justa causa no Brasil.

É possível que o legislador brasileiro, ao ditar a Lei Complementar requerida pela Constituição, acabe adotando as provisões existentes na Convenção 158 da OIT, transpondo ao direito interno suas disposições. Isso dotaria o Brasil de uma legislação cujo conteúdo corresponderia ao da normativa da OIT, mas por ter sido introduzida por Lei Complementar, evitaria as discussões sobre a eficácia da referida Convenção internacional frente ao intrincado cenário Constitucional que regula atualmente a dispensa sem justa causa no Brasil. Contudo, enquanto não for proferida referida Lei Complementar, a Convenção 158 da OIT não tem vigência no Brasil, pois até o momento entende-se que foi validamente denunciada pelo Governo brasileiro frente à OIT.⁵⁵

54 Nesse sentido, há que se mencionar a existência do Projeto de Lei Complementar nº PLP 8/2003 do deputado Mauricio Randts (Partido dos Trabalhadores, Estado do Pernambuco), que dispõe exatamente sobre a dispensa sem justa causa e contém provisões sobre a dispensa coletiva. Além desse Projeto de Lei, o governo apresentou um anteprojeto de lei complementar, segundo afirmação de SALOMAO, Claudia R. (Op. cit. p. 449). De acordo com a autora, o referido anteprojeto conteria a definição de dispensa coletiva quando as dispensas: *“verificadas simultânea ou sucessivamente, em período não superior a sessenta dias, que alcancem, pelo menos, dez, vinte e cinco, quarenta, sessenta e setenta e cinco trabalhadores, conforme se trate de estabelecimento com, respectivamente, até cem, mais de cem, mais de trezentos, mais de quinhentos ou mais de mil empregados”*.

55 Ainda que exista debate doutrinário e a pendência da resolução do STF

Logo, enquanto não se promulgue a lei complementar mencionada no art. 7º da Constituição brasileira, o empresário brasileiro continua sendo livre para dispensar o empregado individualmente, desde que: (i) não se trate de dispensa notoriamente discriminatória; (ii) não se trate de caso de estabilidade no emprego, e (iii) que seja observado o pagamento da indenização compensatória prevista em lei, com observação de disposições adicionais previstas nas convenções coletivas aplicáveis à categoria do trabalhador dispensado.

Feitos os comentários acima para demonstrar o cenário vigente em matéria de dispensas em geral no Brasil, vejamos agora as especificidades das dispensas coletivas nesse país.

4) A Dispensa Coletiva no Brasil

É unanimemente reconhecido que no Brasil as dispensas coletivas situam-se à margem dos textos legislativos⁵⁶ e são

quanto à questão de validade da denúncia da Convenção 158 da OIT, há que se reconhecer que a denúncia levada adiante pelo governo brasileiro observou o cumprimento de todos os requisitos exigidos pela própria OIT para considerar válida a denúncia de uma Convenção junto àquele organismo internacional. Logo, para a OIT a denúncia do Brasil está válida e eficaz. Nesse sentido: CARRION, Valentin. “*Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*”, 34ª Edição, Saraiva. São Paulo, 2009. p. 360.

56 Ainda que não tenham força de lei, o Ministério do Trabalho do Brasil editou duas Portarias sobre o tema das dispensas coletivas. Nas palavras de MANNRICH, tratam-se de medidas “*tímidas e inadequadas, mas representam a preocupação da Administração Pública com o grave problema da dispensa coletiva.*” (in *Ob. Cit.* p. 473-474). A primeira Portaria, de nº 3218/1987, de 9 de julho, somente permitia ao Ministério do Trabalho, em caso de dispensa coletiva apresentar soluções alternativas para a avaliação das partes, tais como redução de jornada, antecipação de férias, concessão de férias coletivas. Em caso de ser inevitável a dispensa, a Portaria estabelecia critérios de escolha dos trabalhadores afetados: (i) adesão voluntária; (ii) empregados solteiros com menor tempo de serviço; (iii) aposentados ou em via de se aposentar. Ainda, recomenda-se à empresa estender a assistência médica por um determinado período de tempo. A segunda portaria (MTPS/SNT nº 01, de 9 de janeiro de 1992) estabelece apenas recomendações gerais, simplesmente demonstrando a preocupação do governo sobre o tema, sem precisar em que consiste a dispensa coletiva, se há ou não necessidade de comunicação prévia, obrigação ou não de negociar com o sindicato ou representantes dos trabalhadores. Somente se prevê a “necessidade” de negociação coletiva na

meramente considerados como um conjunto plural de dispensas individuais, em que os trabalhadores recebem a mesma indenização a que teriam direito se a dispensa não fosse de caráter coletivo.

No panorama brasileiro atual considerando somente as disposições legais (ou melhor, a ausência delas), pode-se concluir que a dispensa coletiva no Brasil não implica nenhuma obrigação de negociação prévia nem de um procedimento perante a autoridade trabalhista (seja de consulta ou autorização), de forma que o trabalhador demitido por uma “dispensa coletiva” recebe a mesma quantia indenizatória que um trabalhador cujo contrato terminou individualmente.

A lacuna da lei trabalhista brasileira sobre o tema das dispensas coletivas tem sido objeto de crítica pela doutrina mais respeitada há muito tempo. Nesse sentido, GONÇALVES JUNIOR⁵⁷, ao fazer um breve recorrido histórico sobre o tema, adverte que o famoso jurista Orlando Gomes, já em 1974, apontava a relevância do tema da dispensa coletiva no Brasil: *“O Brasil está devendo alguma regulamentação satisfatória e específica de tal fenômeno [dispensa coletiva] desde pelo menos a vigência da atual Constituição, tanto assim que na própria Carta de 1988, quando revogado completamente o regime da estabilidade decenal⁵⁸, o legislador constituinte convidou explicitamente o Congresso Nacional a*

esperança de que esta diminua a gravidade da dispensa coletiva. No entanto, ambas as Portarias não se encontram amparadas por leis que prevejam seu estabelecimento (portanto não têm força legal), sendo que não há sanção alguma caso o empresário não respeite suas “recomendações”.

57 GONÇALVES JUNIOR, Mario. *“Demissão Coletiva”*. Mundo Jurídico, Rio de Janeiro, 12, março de 2007, disponível em <<http://www.mundojuridico.com.br>>, acesso em 16 de setembro de 2010.

58 Antes do surgimento do sistema do FGTS tinha vigência no Brasil a estabilidade decenal, pela qual o trabalhador que completara dez anos sob o mesmo contrato de trabalho adquiria a estabilidade até a aposentadoria por tempo de serviço. Com a aparição do sistema do FGTS, a partir de 1977, os trabalhadores poderiam optar por tentar conseguir a estabilidade decenal ou optar pelo sistema do FGTS (nesse caso, era denominado “trabalhador optante”). A Constituição de 5 de outubro de 1988 eliminou a estabilidade decenal e determinou a obrigatoriedade da sujeição de todos os trabalhadores ao sistema do FGTS (que passou a ser um direito de todos os trabalhadores brasileiros).

regulamentar outras medidas contra a dispensa arbitrária. A multa sobre os depósitos do FGTS era para ser um contraponto às demissões individuais ou coletivas (artigo 7º, I, CF), aplicáveis às dispensas como um todo (inclusive as coletivas) somente enquanto a proteção contra a dispensa arbitrária não viesse [o Autor faz aqui referência à futura Lei Complementar, mencionada no artigo 7º da Constituição] (daí porque o percentual de 40% tem sede no art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Passadas quase duas décadas de vigência constitucional, infelizmente não há negar que tornamos definitiva uma garantia que literalmente deveria ter sido passageira (a multa do FGTS). Acomodamos preguiçosamente sob um remendo constitucional. Para se ter uma ideia da longevidade do tema entre nós, em 1974 ORLANDO GOMES publicava, na LTr 38/577, estudo sintético, porém exaustivo, sobre a Dispensa Coletiva na Reestruturação da Empresa (Aspectos Jurídicos do Desemprego Tecnológico), sinalizando que se deveria encontrar, já naquela época, ‘fórmula capaz de atender aos respeitáveis interesses da empresa, do pessoal e da sociedade’, visto que o assunto exige tríplex enfoque”.

O magistrado e professor de Direito Trabalhista PINTO MARTINS também comentou a lacuna legal sobre dispensas coletivas no Brasil, com as seguintes palavras: *“A legislação brasileira não trata de despedida coletiva, nem estabelece conceito no sentido do que é despedida coletiva. Não há proibição em lei da dispensa coletiva ou de que a empresa tenha de tomar certas providências para assim proceder (...) Se o empregador for fazer dispensa coletiva, a nossa legislação não prevê critério para tal fim. A dispensa coletiva poderá ser, porém, disciplinada em convenção, acordo ou dissídio coletivo, como permite o artigo 1 da Convenção nº 158 da OIT. O Brasil, entretanto, denunciou a referida norma internacional, que não está em vigor no nosso país”*⁵⁹.

59 PINTO MARTINS, Sergio. “Dispensa coletiva”. In “Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário”. Vol. 05, nº 31, jul-ago 2009, Porto Alegre. p. 05-20.

O renomado jurista de Direito Laboral brasileiro, MASCARO NASCIMENTO, afirma, com muita propriedade, que: *“a despedida simultânea de vários empregados, conhecida como despedida em massa e relacionada a uma causa objetiva da empresa, de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural, em razão da ausência da regulamentação da despedida coletiva no direito brasileiro, tem o mesmo tratamento jurídico da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa, isto é, figura como a soma de despedidas individuais sem justa causa. O texto constitucional prevê expressamente que a lei complementar completará os contornos desse regime geral, bem como regulamentará a indenização compensatória, dentre outros direitos”*.⁶⁰

Recentemente, as empresas brasileiras tiveram que recorrer às dispensas coletivas como forma de sobrevivência em um mercado pautado por uma severa crise econômica, e os trabalhadores demitidos ajuizaram ações questionando a validade de referidas dispensas. Os tribunais trabalhistas do Brasil perceberam que precisavam apresentar uma solução que minimizasse os efeitos individuais e sociais produzidos pelas dispensas coletivas, ainda que sem nenhuma lei sobre o tema, o que criou um terreno fértil para a apresentação de decisões judiciais questionáveis, como o caso Embraer, que analisamos detalhadamente em nosso estudo anterior, já mencionado.

5) Conclusões sobre o Cenário Jurídico Brasileiro em Matéria de Dispensas Coletivas

Ao término do nosso estudo, chegamos às seguintes conclusões sobre o cenário legislativo atual em matéria de dispensas coletivas no Brasil.

60 MASCARO NASCIMENTO, Amauri. *“O regime geral do direito do trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa – estudo comparado ente a legislação brasileira e as legislações portuguesa, espanhola e francesa.”* In Revista LTr, vol 71, nº 3, p. 338, março de 2007.

De acordo com o artigo 7º da Constituição Federal do Brasil, o legislador deverá promulgar a Lei Complementar que regule a extinção dos contratos de trabalho (mediante vinculação às causas predefinidas em lei), e suas diversas modalidades, incluindo a dispensa coletiva.

Enquanto o Brasil não promulgar a Lei Complementar prevista no artigo 7º da Constituição Brasileira, os contratos de trabalho continuarão podendo ser extintos por decisão do empregador, sempre que o trabalhador seja indenizado por um valor que atualmente é representado por 40% do saldo de depósitos acumulados na conta individual do FGTS do trabalhador dispensado.

A Convenção 158 da OIT não está vigente no Brasil desde a denúncia do texto da Convenção em novembro de 1996. Por sua vez, as leis trabalhistas no Brasil não distinguem a dispensa coletiva da individual, já que no ordenamento não há nenhuma norma que se refira à dispensa coletiva. O marco para resolver a questão deve considerar o princípio constitucional da legalidade, que estabelece que: *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*. Consequentemente, os empresários não podem ser obrigados a negociar coletivamente com os trabalhadores antes de uma dispensa coletiva, a menos que esta obrigação esteja prevista em convenção coletiva previamente negociada entre empresa e trabalhadores, e que esteja em vigor no momento de realização da dispensa.

Uma vez que não existe diferenciação entre as dispensas, sejam elas individuais ou coletivas, os juízes trabalhistas no Brasil permanecem impossibilitados de aplicar as disposições sobre dispensas coletivas previstas pelo Direito Comparado quando do julgamento de casos de dispensas de um grande número de trabalhadores.

No cenário atual, se considerarmos que, por consequência da crise econômica realizam-se cada vez mais dispensas que caberiam ser qualificadas como “coletivas” (algumas de grande envergadura, como o caso EMBRAER), não tem se mostrado viável a proteção

dos trabalhadores atingidos por tais dispensas, uma vez que os juízes brasileiros, a rigor, se vêm impedidos de adotar medidas de diminuição dos efeitos nocivos da dispensa em massa, como a negociação prévia com os representantes dos trabalhadores.

Como vimos, diante da ausência de mecanismos legais de diferenciação entre as dispensas coletivas e individuais, os juízes brasileiros podem somente apresentar “recomendações”, ainda que sob a denominação de “determinação para casos futuros”, o que, em última análise, não produz a segurança jurídica desejada pelas partes.

De um lado os trabalhadores permanecem sem amparo legal e sem mecanismos redutores dos efeitos nocivos da dispensa coletiva. De outro lado, as empresas permanecem vítimas das decisões que chegam a estabelecer a readmissão de todos os trabalhadores dispensados (fora das causas de estabilidade que são listadas pela lei) ou que impõem o pagamento de valores de indenização sem qualquer respaldo legal.

Analisado o cenário brasileiro, podemos, definitivamente concluir que o Brasil necessita urgente de uma Lei Complementar⁶¹ que regule a proteção dos trabalhadores contra a dispensa e que regule especificadamente o caso das dispensas coletivas, com amplas definições legais sobre sua caracterização, suas causas, o procedimento a ser adotado e a negociação prévia entre as partes. Tais medidas seriam formas úteis para se evitar, ou ao menos minimizar, os efeitos desta modalidade de dispensa, sempre buscando equilibrar os direitos e interesses dos trabalhadores com as necessidades e interesses dos empregadores.

Compartilhamos a opinião de que: *“não temos legislação infraconstitucional para melhor enfrentar o problema, mas já temos ‘know-how’ científico. Falta colocar mãos à obra”*⁶².

61 O que evitaria discussões sobre a legalidade de disposições criadas por força de lei ordinária.

62 GONÇALVES FILHO, Mario: *“Demissão Coletiva”*. Mundo Jurídico, Rio de Janeiro, 12 de março de 2007, disponível em <<http://www.mundojuridico.com.br>>. Acesso em 16 de setembro de 2010.

6) Conclusões Finais

O estudo que realizamos anteriormente sobre a instituição das dispensas coletivas, comparando os sistemas jurídicos espanhol e europeu – nos quais a matéria está devidamente definida e regulada por lei e delimitada pela jurisprudência – com o sistema jurídico brasileiro – no qual a matéria está à margem de uma definição legal e sem qualquer tratamento nos textos normativos trabalhistas – permite-nos apresentar algumas conclusões.

A análise de um sistema de maturidade legislativa, com regulamentação das dispensas coletivas por lei e o estabelecimento de regras claras do procedimento para sua validade produzem garantias para:

(a) Os trabalhadores, tanto os que venham a ser atingidos pela dispensa, que podem negociar a ampliação de medidas que reduzam seus efeitos, como os que continuem na empresa, que podem contar com a existência de um procedimento tipificado na lei que os proteja contra “dispensas coletivas a seco”;

(b) Os empresários, que já conhecem de antemão as regras para a configuração e procedimento a ser seguido em caso de dispensa coletiva; e

(c) Os representantes dos trabalhadores, que podem desenvolver seu papel no marco de uma negociação coletiva efetiva, graças à obrigação legal do empregador facilitar informação sobre as causas da dispensa.

Por outro lado, o estudo do sistema de total “liberdade” à hora da dispensa, sem diferenciação entre as dispensas coletivas e as dispensas individuais – tal como o que existe no Brasil – produz problemas de insegurança jurídica às partes envolvidas. A falta de regulação legal leva os tribunais brasileiros, em casos de dispensas coletivas, a propor medidas de proteção aos trabalhadores atingidos

pela dispensa. Entretanto, essa mesma falta de fundamento legal acaba colocando as medidas propostas pelos tribunais como alvo de críticas da doutrina especializada.

A falta de fundamento legal para os instrumentos de proteção ditados pelas sentenças gera insegurança jurídica aos empregadores brasileiros, que em, alguns casos, podem obter sentenças que resultem na nulidade de dispensas com readmissão de trabalhadores, e em outros que resultem em falha na validade incondicional das dispensas, com o pagamento de garantias com bases mínimas.

Da mesma forma, gera-se insegurança jurídica aos trabalhadores, que permanecem submetidos “ao sabor dos ventos” das diferentes decisões jurisdicionais podem acabar sendo proferidas pelos Tribunais nos julgamentos de demissões coletivas.

Ainda que percebido como um bom sinal, o fato de que a jurisprudência brasileira indique às partes a necessidade de uma negociação coletiva prévia às dispensas, resulta que, devido ao estrito princípio da legalidade imposto pela Constituição do Brasil, tal medida não pode se traduzir em uma obrigação às partes, o que mantém a situação de insegurança jurídica enquanto não se promulgue uma lei específica sobre o tema das dispensas coletivas.

Todo o conteúdo mencionado acima reforça nossa opinião de que ainda que possa ser objeto de críticas pelos atores da cena trabalhista, é muito mais benéfico um sistema regulado sobre dispensas coletivas, tal como o previsto pelos ordenamentos espanhol e europeu, do que um sistema totalmente desregulado, como o brasileiro.

Como a solução definitiva deste tema no Brasil somente ocorrerá por meio de Lei Complementar a ser editada conforme disposto no artigo 7º da Constituição Federal Brasileira, esperamos, humildemente, que o presente trabalho contribua para o debate científico-doutrinário sobre o tema das dispensas coletivas no Brasil, e talvez, sirva de

referência para o legislador nas discussões para a inclusão desse tema nos debates legislativos da tão esperada e necessária Lei Complementar prevista no art. 7º da Constituição brasileira.

Em tema de demissões coletivas, a referida Lei Complementar deverá buscar um equilíbrio entre as medidas para proteção dos interesses dos trabalhadores e as medidas de proteção à continuidade da empresa no mercado (seja para limitar efeitos econômicos, seja para modernizar seus meios de organização ou produção).

Com esse objetivo de equilíbrio de interesses, nosso estudo nos conduziu à proposição das seguintes sugestões a serem observadas em caso de um futuro debate legislativo brasileiro sobre o tema. Neste sentido, a futura Lei Complementar deverá:

(i) Apresentar uma definição sobre o que configura, ou não, uma dispensa coletiva, tanto em seus aspectos numéricos como em suas causas de ocorrência (que poderão se dividir em econômicas, técnicas, organizativas ou de produção).

O objetivo da lei deve ser a geração de um entorno de segurança jurídica sobre o que pode, ou não, constituir uma dispensa coletiva, sem deixar margem a dúvidas de interpretação ou “áreas cinzentas” na definição, evitando-se questionamentos jurídicos intermináveis e dificuldades às partes envolvidas.

(ii) Definir os meios pelos quais efetivamente se demonstre a ocorrência das causas autorizadoras da dispensa. O texto legal deve indicar com precisão os meios pelos quais os empresários devem comprovar a causa que os levou a apresentar a dispensa coletiva, mas sempre de maneira não exaustiva, isto é, que permita que inovações tecnológicas ou novos meios de prova possam ser utilizados, sempre que sejam determinantes para confirmar a existência da causa invocada para a dispensa.

(iii) Estabelecer critérios claros para a escolha dos trabalhadores dispensados, tais como: (a) capacidade; (b) experiência no posto de

trabalho; (c) idade e cargos familiares; (d) antiguidade na empresa; (e) proximidade com a idade de aposentadoria, entre outros.

O futuro texto legal deve conter uma previsão clara sobre os critérios que o empregador deve utilizar ao escolher os trabalhadores que serão atingidos pela dispensa, com o objetivo de produzir um impacto menor pela dispensa. Essas medidas devem buscar harmonizar as garantias de emprego existentes na legislação trabalhista (aos trabalhadores com deficiências, por exemplo), assim como minimizar os impactos sociais decorrentes da dispensa (como acontece quando o empresário mantém na empresa os trabalhadores com ônus familiar, por exemplo).

(iv) Estabelecer um período necessário de negociação prévia, dentro de um prazo máximo fixado em lei (que possa ser diminuído sempre que as partes cheguem a um acordo), entre os representantes dos trabalhadores atingidos pela dispensa (que deverão receber laudos e dados sobre a causa da dispensa coletiva) e o empregador, com um período máximo para seu desenvolvimento.

A negociação coletiva, necessária e prévia, é condição *sine qua non* para a validade da dispensa coletiva, pois permite que as próprias partes (que são as melhores conhecedoras da realidade das condições de trabalho e da empresa) possam estabelecer medidas que minimizem os efeitos da dispensa. Tal como já foi apontado pela atual jurisprudência no Brasil, a negociação coletiva prévia é o melhor meio de pacificação de um possível conflito gerado pela dispensa coletiva.

(v) Instituir um órgão capaz de concentrar a análise da regularidade dos documentos apresentados e da observação do procedimento da dispensa, sem o caráter autorizador (mais adaptado ao contexto histórico da liberdade de dispensas no Brasil).

Referido órgão, em nossa opinião, deveria ser de composição tripartite (representação do governo, representação dos empresários

e representação dos trabalhadores), para que o equilíbrio entre os interesses das partes possa resultar em um exame correto da dispensa e suas causas. Nossa experiência nos diz que a composição tripartite é a melhor maneira de examinar a validade da ocorrência das causas, visando evitar o uso fraudulento da dispensa coletiva, ou sua proposição sem amparo das vias legais para sua validade, assim como para evitar que se considere inválida a causa para uma dispensa coletiva quando sua existência é patente e crucial na empresa que a promove.

De acordo com as críticas que fizemos ao sistema de submissão da dispensa coletiva à autoridade trabalhista, entendemos que o futuro sistema brasileiro de regulação de dispensas não deve contemplar referida submissão. Assim, entendemos que o órgão fiscalizador deverá ter somente a capacidade de emitir um parecer sobre a comprovação eficaz da ocorrência das causas para a dispensa.

Ressaltamos que o modelo espanhol de submissão da dispensa coletiva à uma aprovação prévia da autoridade trabalhista não deu certo, tendo sido retirado do ordenamento por meio da Reforma Trabalhista promovida no ano de 2012.

O efetivo controle de validade da dispensa deverá ser feito pelos Tribunais do Trabalho (ordem jurisdicional), sempre que uma das partes não estiver de acordo com a verificação das causas da dispensa.

(vi) O órgão fiscalizador poderá e deverá propor alternativas à dispensa ou propostas de medidas que diminuam seus efeitos.

Entendemos que o órgão, por ter membros das três esferas (trabalhadores, empresários e autoridade trabalhista), deverá sempre que possível propor medidas alternativas ou suplementares que tenham por objetivo a diminuição dos efeitos da dispensa. Por ser externo às partes, o órgão pode ter a isenção necessária para gerar ideias que não ocorreram às partes afetadas pela dispensa, sendo portanto de grande utilidade para a obtenção de um acordo.

(vii) Nos casos de dispensas coletivas por causas econômicas, propomos que o governo, mediante solicitação do empregador e em situações a serem estabelecidas por lei, possa conceder ou não, em face de determinadas renúncias previstas na legislação tributária, assim como incentivos fiscais à empresa solicitante da dispensa.

Sempre que há crise econômica, já é comum que os empregadores brasileiros solicitem uma diminuição da carga tributária ao governo. Logo (em que pese o fato de que somos partidários de uma diminuição e reorganização do sistema tributário que incide sobre as empresas no Brasil), e sempre visando a manutenção da empresa no mercado, entendemos que uma boa medida seria aliar este “clamor” empresarial a uma possível redução (temporária ou não) da carga fiscal existente sobre a empresa solicitante da dispensa coletiva. No entanto, somos partidários de que referida diminuição ou isenção da carga tributária não seja gratuitamente concedida, mas somente às empresas que comprovem (mesmo depois da dispensa) terem diminuído os efeitos da dispensa coletiva, ou que, podendo fazê-lo, o tenham suspenso para que o benefício fiscal seja uma ferramenta efetiva de conservação de emprego.

(viii) Permitir e incentivar o uso de solução de disputas (tais como a arbitragem e a mediação) durante a negociação coletiva no processo de dispensa.

A mediação e a arbitragem são definitivamente as mais rápidas e eficazes ferramentas para a solução de controvérsias. Entendemos que durante a fase de negociação de uma dispensa coletiva, não é apenas possível a utilização destes meios, mas também eficaz (notadamente a arbitragem).

(ix) Permitir mecanismos de reaproveitamento do trabalhador em outras funções ou em outros estabelecimentos da empresa ou grupo de empresas.

A necessidade de ser implementado um “*plano de acompanhamento social*”, pelas empresas com mais de 50 (cinquenta trabalhadores), tal como previsto na legislação trabalhista da Espanha, contendo diretrizes efetivas para o aproveitamento do trabalhador em outros postos de trabalho na mesma empresa - ou em outras empresas do grupo - é outro bom exemplo a ser seguido pelo legislador brasileiro.

(x) Eximir as pequenas empresas da observação de todas, ou parte, das disposições sobre dispensas coletivas (com uma clara definição legal do que configura ou não uma pequena empresa – algo até agora um pouco cinzento no ordenamento jurídico brasileiro), de acordo com a necessidade do pequeno empregador.

Uma vez estudada a dispensa coletiva, entendemos que a mesma deve ser uma ferramenta que, na medida em que estabeleça proteção aos trabalhadores, permita ao empregador continuar com seu negócio no mercado onde desenvolve suas atividades. Entretanto, a observação de um procedimento complexo e a avalanche de documentação que se deve juntar durante o procedimento acaba por inibir (quando não impedir) o acesso do pequeno empresário à utilização da dispensa coletiva, o que em situações de crise econômica, por exemplo, pode acabar por “sufocar” a empresa pois esta não consegue se desvencilhar dos procedimentos e acaba perecendo economicamente. Isso é algo que deve ser uma preocupação do legislador.

Entendemos que a lei não deve estabelecer um critério numérico (*numerus clausus*) da quantidade de trabalhadores que configurará, ou não, uma demissão como coletiva, mas sim deve estabelecer um critério de proporção (percentual) relacionado ao total de empregados do quadro da empresa.

O que propomos é que a futura legislação brasileira não seja criadora de uma inviabilidade ao pequeno empresário (visto que nem todos podem suportar o grande número de medidas que compõem o processo burocrático para consecução da demissão coletiva).

(xi) Incentivar ou obrigar as empresas a colocar à disposição dos trabalhadores um serviço de apoio para a recontração no mercado (*outplacement*) ou requalificação profissional, assim como estabelecer uma necessidade do *plano de acompanhamento social* (para as empresas de maior porte) como forma de prover medidas de minimização dos efeitos prejudiciais aos trabalhadores afetados.

O *plano de acompanhamento social*, que deve ser apresentado pelo empregador ao solicitar a dispensa coletiva, deve conter medidas eficazes que contribuam para a recontração no mercado de trabalho dos trabalhadores dispensados, por meio de agências de recolocação e fornecimento de cursos de requalificação, conforme o caso.

E, por último,

(xii) Que se evite a imposição de obstáculos excessivos à utilização da dispensa coletiva, pois, assim como os trabalhadores, a empresa necessita de proteção legal.

O trabalho legislativo brasileiro não deve perder de vista que a lei deve possibilitar ao empresário o uso da dispensa coletiva (e não impossibilitar), uma vez que o encerramento da empresa é sempre mais prejudicial quando comparado a uma dispensa coletiva legítima, que busque a permanência da empresa no mercado.

Insistimos nesta recomendação com o objetivo de ressaltar que o instituto da dispensa coletiva deve buscar não só proteger o trabalhador, mas também a sobrevivência da empresa (e dos postos de trabalho nela inseridos) no mercado onde atua.

Feitos nossos comentários, gostaríamos de ressaltar que nossas recomendações são meramente ilustrativas, cabendo ao legislador brasileiro as medidas que entenda oportunas, de preferência escutando previamente as partes envolvidas (sindicatos de trabalhadores, representantes das associações de empresários e os juristas trabalhistas mais reconhecidos), por meio de audiências públicas ao longo do debate legislativo.

Esperamos ter cumprido a tarefa à qual nos propusemos neste trabalho: a de trazer à comunidade jurídica brasileira algumas ideias que possam servir de base para um debate jurídico sobre o tema das demissões coletivas. Agora, como já dito anteriormente, cabe ao legislativo brasileiro “*pôr mãos à obra*”.

BIBLIOGRAFIA ESTUDADA

ESPAÑA

ALONSO BRAVO, Milagros. *Estrategias empresariales y extinción colectiva de los contratos de trabajo*. Reus, Madrid, 2008.

ÁVILA ROMERO, Manuel. *Relaciones laborales*. La Ley, Madrid, 1995.

DEL REY GUANTER, Salvador (Dir.) *Estatuto de los Trabajadores – Comentado y con Jurisprudencia*. 2ª Edición. La Ley. Madrid. 2007.

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*, In AAVV. MONEREO PEREZ, José Luis (Coord.) *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*. Sem. ed. Granada, 1996.

GOERLICH PESET, José M. *Informe Técnico Jurídico sobre los despidos colectivos en la Europa comunitaria*. In *Seminario sobre Libertad de Empresa y Relaciones Laborales*. La Toja, 1993. BORRAJO DACRUZ, Efren (Dir.) *La reforma del mercado de trabajo*. Actualidad, Madrid, 1993.

LÓPEZ MOSTEIRO, Ricardo. *La directiva comunitaria n. 75/129 del 17 de febrero sobre despidos colectivos*. In *Seminario sobre Libertad de Empresa y Relaciones Laborales*. La Toja, 1983, BORRAJO DACRUZ, Efren. (Dir.) *La reforma del mercado de trabajo*. Actualidad Editorial, Madrid, 1993.

MARTÍN RIVERA, Lucía. *El despido objetivo por necesidades de la empresa*. Reus, Madrid, 2008.

MONEREO PEREZ, José Luis / FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio, in *El despido colectivo en el Derecho Español*. Aranzadi, Pamplona 1997.

NAVARRO NIETO, Federico. *Los despidos colectivos*. Civitas, Madrid, 1996 – p. 195.

RÍOS SALMERÓN, Bartolomé y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana. *El expediente de judicial de regulación de empleo*, in BORRAJO, Efrén (Dir.) *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*. La Ley, Madrid, 2004.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. *Los despidos por causa económica*, In AAVV. VALDES DAL-RÉ, Fernando (Dir.) *La reforma del mercado laboral*. Lex Nova, Valladolid, 1994.

_____ *Relaciones Laborales*. La Ley, Madrid, 1994.

BRASIL

BUENO MAGANO, Octavio. “Convenção 158 da OIT”. In Revista “Trabalho & Doutrina”. nº 11, dezembro de 1996.

CARRION, Valentin. “Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho”. 34ª Edição, atualizada por Eduardo Carrion. Saraiva, São Paulo, 2009.

CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO, Jorge. “Exigência de negociação antes de dispensas coletivas”. In Revista “Justiça do Trabalho”. V. 26, nº 311, novembro de 2009. Sapucaia do Sul.

GODINHO DELGADO, Mauricio. “Curso de Direito do Trabalho”. 9ª Edição. LTr, São Paulo, 2010.

GOMES, Orlando. “Dispensa coletiva na reestruturação de empresa: aspectos jurídicos do desemprego tecnológico.” In Revista LTr, nº 38, p. 577, 1974.

GONÇALVES JUNIOR, Mario. “Demissão Coletiva”. Revista Mundo Jurídico, Rio de Janeiro, 12, de março de 2007,

disponível em <<http://www.mundojuridico.com.br>>. Acesso em 16 de setembro de 2010.

“*Ao anular demissão em massa judiciário paulista assume responsabilidade do legislativo*”. In Revista Jus Vigilantibus. Vitória, 4 de fevereiro de 2009. Disponível em <<http://jusvi.com/artigos/38196>>. Acesso em 17 de setembro de 2010.

HEMÍLIA FONSECA, Maria. “*A despedida coletiva no Direito Espanhol*”. In Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, Vol. 35, nº 133, p. 248-253, janeiro/março de 2009.

LEITE DE CARVALHO, Augusto César. “*Proteção ao Trabalhador e ao seu direito de ação: o fundamento de valor na Espanha e (por que não) no Brasil*”. In “Revista Trabalhista. Direito e Processo”. Ed. Forense. Rio de Janeiro. Vol. XVII, fevereiro/março de 2005.

LEMGRUBER EBERT, Paulo Roberto. In “*O direito à negociação coletiva e as despedidas em massa. Deveres de participação do sindicato Profissional nas tratativas prévias e de atuação das partes segundo a boa-fé.*” Revista LTr – “Legislação do Trabalho”, São Paulo, v. 74, n. 04, abril/2010.

PINTO MARTINS, Sergio. “*Comentários à CLT*”, 4ª Edição, Atlas, São Paulo, 2001.

“*Direito do Trabalho*”. 25ª Edição. Atlas, São Paulo, 2009.

“*Dispensa coletiva*”. In “Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário”. Vol. 05, nº 31, julho/agosto de 2009, Porto Alegre.

MANNRICH, Nelson. “*Dispensa Coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*”. LTr, São Paulo, 2000.

MARTINEZ, Luciano. “*Curso de Direito do Trabalho*”. Saraiva, São Paulo, 2010.

MASCARO NASCIMENTO, Amauri. “*O regime geral do direito do trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa – estudo comparado ente a legislação brasileira e as legislações portuguesa, espanhola e francesa.*” In Revista LTr, vol 71, nº 3, março de 2007.

“*Reflexos da convenção 158 da OIT sobre as dispensas individuais*”. In Revista Trabalho & Doutrina. Nº 11, dezembro de 1996.

MESQUITA BARROS, Cássio. “*Despedida Coletiva e seu regime jurídico*”. Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho. São Paulo, v. 18, nº 18, janeiro/dezembro de 2010.

RUA DE ALMEIDA, Renato. “*O regime geral do direito do trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa – estudo comparado entre a legislação brasileira e as legislações portuguesa, espanhola e francesa.*” In Revista LTr - Legislação do Trabalho, São Paulo, vol. 71-03/336. P. 336-345, março de 2007.

SALOMÃO, Claudia R. “*A dispensa coletiva no ordenamento jurídico brasileiro e a influência da Convenção 158 da OIT*”. In Revista LTr – Legislação do Trabalho, São Paulo, vol. 72, nº 04, abril de 2008.

SOTO PIRES, Eduardo. “*Demissões Coletivas. Lições para sua regulamentação futura pelo Sistema Jurídico Brasileiro.*” Editora LTr, São Paulo, 2012.

SUSSEKIND, Arnaldo. “*Direito Internacional do Trabalho*”. 3ª Edição, LTr, São Paulo, 2000.

“*Aspectos Controvertidos da Convenção OIT-158*”, in RDT setembro de 1996.