

RESUMO

A dispensa em massa e a necessidade de negociação sindical. A omissão do Direito do Trabalho. A força “normativa dos princípios” na aplicação dos Direitos Fundamentais e os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato. A dispensa desmotivada no Brasil e os sistemas que não a admitem, exceto se motivada por fato objetivo: sanção disciplinar, técnico-estrutural ou econômico-conjuntural. A dispensa coletiva: necessidade de negociação coletiva para estabelecer procedimentos e critérios inspirados no direito internacional do trabalho e comparado. A recusa à negociação caracteriza abusividade da dispensa coletiva; ofensa aos princípios de direito privado que se conjugam com os princípios constitucionais.

ABSTRACT

The dismissal in mass and the necessity of syndical negotiation. The omission of the Right of the Work. The normative force “of the principles” in the application of the Basic Rights and the principles of the objective good-faith and the social function of the contract. The dismissal not motivated in Brazil and the systems that do not admit it, except if motivated for objective fact: sanction to discipline, technician-structural or economic-conjunctural. The collective dismissal: necessity of collective bargaining to establish procedures and criteria inspired by the international law of the work and compared. The refusal to the negotiation characterizes abusividade of the collective dismissal; offence to the principles of private law that if conjugate with the principles constitutional.

PALAVRAS CHAVES: DISPENSA COLETIVA – FORÇA NORMATIVA - PRINCÍPIOS JURÍDICOS – NEGOCIAÇÃO SINDICAL – INDISPENSABILIDADE – AUSÊNCIA - ABUSIVIDADE DA DISPENSA – INDENIZAÇÃO.

ASPECTOS JURÍDICOS DAS DISPENSAS COLETIVAS NO BRASIL

José Antonio Pancotti¹

INTRODUÇÃO

A idéia deste ensaio decorreu das repercussões das decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho da 2ª, 3ª e 15ª Regiões em razão das demissões em massa efetuadas por algumas empresas em decorrência da crise econômica mundial, em especial do TRT/15ª Região-Campinas, relativa às demissões de mais de 4.200 trabalhadores pela EMBRAER.

Por falta de espaço, farei sucintas considerações acerca da adequação do meio processual utilizado pelos sindicatos, quando suscitaram *dissídio coletivo jurídico*, a fim de provocar a Justiça do Trabalho a convocar as empresas para negociações com pretensão de impor obrigações – de não demitir ou de indenizar pelas demissões.

No TRT/15ª Região, a questão foi superada mediante a aplicação dos princípios da instrumentalidade, da efetividade e publicista do processo nas ações coletivas, que desaconselham transpor para estas ações a rigidez e as formalidades do processo pertinente às ações individuais, seguidas pela visão clássica do Código de Processo Civil.

Influiu nesta decisão, ainda, a noção de que os processos coletivos permitem a intervenção do Estado-Juiz nos conflitos coletivos que reclamam atuação estatal urgente, pronta e eficaz, em prol da paz social. Vale lembrar que no processo do trabalho as ações coletivas são anteriores à Ação Popular e à Ação Civil Pública. Aliás, a Justiça do Trabalho é o berço das ações coletivas no Brasil.

Neste contexto, é imperioso considerar os fatos políticos, econômicos e sociais decorrentes da globalização econômica, que têm imposto uma revisão crítica do processo judicial. Reflexão especial deve ser feita sobre os meios necessários para que os direitos do cidadão sejam amplamente considerados. Para não frustrar a atividade jurisdicional efetiva, é fundamental que o Poder Judiciário não se prenda a uma ortodoxia do processo judicial².

As questões de fundo serão enfrentadas tendo por diretrizes o valor social do trabalho e as funções sociais da propriedade e da empresa, da cidadania. Valores estes que se

¹ Desembargador do TRT/15ª Região - Campinas, Mestre em Direito Constitucional –Relator-DC-00309-2009-000-15-00-4.

² Pereira, Milton Luiz *in Amicus Curiae – Intervenção de terceiros*. Revista Brasília, a. 39, n. 156 out/dez 2002.

einstrumentalizam por meio de princípios jurídicos que justificam a intervenção do Estado na ordem econômica e social, cujo escopo é preservar o valor maior: a dignidade da pessoa humana do cidadão trabalhador.

Neste trabalho enfocados aspectos da dispensa coletiva, não obstante a omissão e lacuna de nosso ordenamento jurídico no que toca aos procedimentos e às formas de proteção dos trabalhadores, já que decorrem de fatos e razões diversas das dispensas individuais.

Procurar-se-á demonstrar que o julgamento do Tribunal da 15ª Região foi formulado com base em princípios jurídico-constitucionais, sem incorrer em orientação de *direito alternativo* ou em exótico exercício de hermenêutica constitucional.

Trata-se, enfim, do esboço de uma visão pós-positivista da solução de conflitos coletivos de trabalho pela Justiça do Trabalho que surgiram com a crise econômica mundial.

I – O VALOR SOCIAL DO TRABALHO

O trabalho não pode ser visto tão-somente como meio de sobrevivência, o seu significado emocional é muito amplo, como fonte privilegiada de identidade pessoal, porque na medida em que a pessoa age e atua, supera desafios e obstáculos proporcionados pelo trabalho, vai construindo sua auto-imagem de maneira positiva.

No Estado Democrático de Direito, o trabalho deve ser encarado como manifestação da personalidade; é atividade que se pode exercer com liberdade e dignidade, nos limites de aptidão profissional. É por meio do trabalho que o indivíduo se realiza como pessoa e angaria respeito no contexto social.

Por outro lado, só por meio do trabalho humano é possível criar, transformar ou adaptar os recursos naturais – produzir os bens da vida - que satisfazem às necessidades humanas individuais e coletivas. Só o trabalho agrega valor a estes bens e propicia a formação de capital, suporte econômico para continuar produzindo e saciar a sociedade. O capital e o lucro têm, portanto, finalidades sociais.

Assim, o trabalho não é castigo! E o lucro não é pecado!

Já ficou para trás no tempo a idéia de que o homem livre só viveria honrosamente se se dedicasse inteiramente à contemplação ou às manifestações do espírito

(artes, inventos e descobertas da inteligência) ou à atividade militar.

Também perdeu-se no tempo a idéia de que o lucro é obra dos demônios, que *se aliam aos bruxos e bruxas pela lei do prazer e com eles se relacionam pela lei da ganancia*, nas palavras de Santo Agostinho. Ele também afirmava: *Os bruxos trabalhavam com coisas profanas, visando o lucro e agindo em nome dos ganhos*.

O lucro é indispensável e determinante na economia real. Por princípio ético, no entanto, deve resultar do trabalho honesto, livre e honrado - nunca da especulação, da esperteza ou da exploração anti-ética do trabalho alheio. O lucro é salutar e deve ser reinvestido na produção de bens e serviços, em vez de satisfação egoísta de uma elite capitalista.

Em suma, o trabalho é fator fundamental de integração social e cidadania.

O *valor social do trabalho* é subjacente e presente como idéia-centro que norteia o nosso ordenamento constitucional. Basta um exame rápido da Constituição para detectar em várias passagens o destaque especial do fator trabalho como fundamento para o desenvolvimento humano, econômico e como base do bem estar e da justiça sociais.

Ao definir a base fundamental da República, no art. 1º, III e IV, a nossa Carta Magna inclui o *valor social do trabalho* ao lado da *livre iniciativa*. No art. 193, o valor social do trabalho é posto em categoria superior aos demais valores que a *Ordem Social* procura preservar.

Esse zelo da Constituição é natural, na medida em que a pessoa humana deve ser o centro da preocupação do Estado Democrático de Direito. O trabalho é inerente à vida humana, meio de inclusão social e fator relevante de respeito à vida com dignidade e ao pleno desenvolvimento da personalidade.

Por isso mesmo, o Professor e Doutor Wagner Balera³ acentua que *na ordem natural, o ser humano se acha vocacionado para o trabalho que é instrumento indispensável para a sua sobrevivência*.

Acrescenta que na Encíclica *Laborem Exercens*, o Papa João Paulo, II, sublinha: *O trabalho humano é uma chave, provavelmente a chave essencial de toda a questão social normal*.

³ *Valor Social do Trabalho*, Revista LTr, n.58, p.58-10-/1168

Estão vivas, ainda, as palavras do Cardeal Wysinski, ex-Arcebispo Primaz da Polônia⁴, segundo quem *sem o trabalho, não se pode manter a vida nem atingir o pleno desenvolvimento da personalidade.*

Os ideais *trabalho* e *dignidade* humana são indissociáveis. A vida de trabalho sem dignidade é a redução do ser humano à condição animal ou análoga à de escravo.

Essa é a razão pela qual a nossa atual Constituição, antes de elencar o *valor social do trabalho* e a *livre iniciativa* como fundamentos da República, arrolou o fundamento que se qualifica como âncora dos direitos sociais: *a dignidade da pessoa humana.*

Assim, não se limitou a proclamar que *a todos é assegurado trabalho que possibilite uma existência digna*, ou que *o trabalho é obrigação social*, como o fazia a Carta Política de 1946 (art. 145). Foi muito além disso. A Carta Política atual traduz com maior ênfase o que já preconizava a Emenda Constitucional n. 01 de 1969: a *valorização do trabalho como condição da dignidade humana.*

Impõe-se, por isso, ao Estado Democrático e Social a função de criar mecanismos que assegurem liberdade e acesso ao mercado de trabalho; e também que, por meio do trabalho, propiciem uma existência digna ou compatível com a dignidade da pessoa humana - o que implica ambiente de trabalho saudável dos pontos de vista físico, psicológico, social e econômico.

É que o Direito enxerga o trabalho com visão mais ampla que a puramente econômica.

Na perspectiva do Direito, a atividade humana relativa ao trabalho incorpora, pelo menos, os cinco seguintes enfoques ou valores: **econômico, jurídico, político, sociológico e psicológico.**

- Para a **economia**, é fonte de criação de renda e propicia o consumo de bens e serviços para a satisfação das necessidades humanas; fator ou elemento de custo da produção;
- Na **esfera jurídica**, é um fator de criação de relação jurídica, fonte de direitos e obrigações entre o prestador e o tomador de serviços;
- Para a **política**, é fator de crescimento da economia do Estado que o capacita a propiciar o bem estar geral da coletividade;

⁴O *Espírito do trabalho*, 1959

- Para a **sociologia**, é fator que propicia a maior intensidade de desenvolvimento, a expansão de contatos sociais e a inclusão social das classes trabalhadoras;
- Para a **psicologia**, fator trabalho é oportunidade de expansão e aperfeiçoamento da personalidade, fonte de projeção e afirmação social.

Assim, é possível perceber melhor que o desligamento involuntário do trabalhador da empresa é, por consequência, fator de rompimento ou desligamento da pessoa humana destes valores. Ele gera exclusão social, redução da capacidade econômica de consumo; extinção de uma relação jurídico-econômico e social produtiva; diminuição da condição de cidadania; perda de contatos e relacionamentos sociais e - não raro - profunda depressão psicológica⁵.

II – OS EFEITOS DO DESLIGAMENTO DO TRABALHADOR DO EMPREGO

II.1 - A dispensa do empregado como manifestação de vontade patronal

Sabidamente, o desligamento do trabalhador do emprego pode dar-se por sua vontade própria ou por iniciativa da empresa. Por iniciativa do empregado, decorre da garantia constitucional da liberdade de trabalho, segundo a qual ninguém pode ser obrigado a trabalhar ou manter-se em determinado emprego contra a sua vontade.

O desligamento por iniciativa da empresa pode dar-se por *justa causa* cometida pelo empregado (indisciplina, improbidade, desídia, mau procedimento etc), por inaptidão profissional, por motivo técnico de reestruturação, ou por razões econômicas, como a atual crise econômico-financeira.

Em nosso sistema jurídico, a empresa pode dispensar o trabalhador **sem motivação. Isto é, sem fornecer nenhuma justificativa do seu ato.** É a chamada dispensa *sem justa causa*. A única exceção é a dispensa dos membros das CIPA's, em que o art. 165 da CLT exige motivação de ordem disciplinar, técnica, econômica ou financeira. Nas

⁵ Muito apropriada esta passagem de dois autores espanhóis: *La empresa, a través de la privación del trabajo de una persona, procede a expulsarla de una esfera social y culturalmente decisiva, es decir de una situación compleja en la que a través del trabajo ésta obtiene derechos de integración y de participación en la sociedad, en la cultura, en la educación y en la familia. Crea una persona sin cualidade social, porque la cualidade de la misma y los referentes que le dan seguridad em su vida social dependen del trablho.* Antonio Baylos e Joaquín

estabilidades provisórias, admite-se as dispensas motivadas por justa causa.

Não há dúvida de que a dispensa arbitrária⁶ ou sem justa causa é traumática para o trabalhador, porque subtrai o único meio de sustento seu e da sua família. Com o desligamento da empresa, a fonte seca e o resultado é devastador, pois o impacto transcende a pessoa do trabalhador e a da sua família, atingindo naturais reflexos econômico-sociais.

II.2 - A arbitrariedade da dispensa desmotivada

A exigência de motivação para a dispensa individual não pode ser equiparada à estabilidade ou à vitaliciedade no emprego, mas à possibilidade de se estabelecer um controle sobre o ato de dispensa - que poderá concluir pela legitimidade do ato patronal.

O que se exige nestes sistemas é a necessidade de sempre motivar a dispensa do empregado, ainda que não tenha por fundamento causa objetiva (indisciplina, motivo técnico-estrutural ou conjuntura econômica ou alguma forma de abuso do poder econômico) e que tal motivação esteja sujeita à revisão pelo Poder Judiciário. Por ser evidente, nos países que adotam este sistema, somente se julgada improcedente a causa do despedimento é que se imporá a reintegração ou uma indenização. Entretanto, se julgada procedente, a dispensa acarretará a legítima extinção do contrato sem ônus para o empresário.

O controle judicial não impede a dispensa individual, mas submete o ato patronal à sua revisão jurídica, que abrange aspectos do ponto de vista ético, para investigar se houve ou não discriminação, assédio, perseguição, vingança etc. Evidentemente, o procedimento há de permitir ao empregador o direito ao contraditório e à ampla defesa para justificar o seu ato. Assim, o ato patronal só se legitimaria se baseado em justa causa, de acordo como rol do art. 482 da CLT, que poderia ser ampliado com descrição de outras conduta: baixa produtividade, má qualidade dos serviços, desinteresse por requalificação e por cursos de aperfeiçoamento oferecidos pela empresa etc, além de razões técnico-estrutural ou econômico-conjuntural.

Em caráter geral, porém, as razões que levaram o constituinte a erigir o valor *função social da empresa* ao nível constitucional se resumam à sua natural vocação para criar

Péres Rey, in *El despido o la violencia del poder privado*, Madri; Editorial Trotta, 2009, p.44

⁶ Para Russomano: *despedida resultante de ato imotivado do empregador.[...] para fundamentá-la, não é que o trabalhador tenha cometido falta grave. Outras razões justificam a despedida (embora indenizável) do trabalhador: motivos técnicos, econômicos ou financeiros.* (Comentários... Forense, 1990, p.252). O art. 165 da CLT a define: *Os titulares da representação dos empregados nas CIPAs não poder sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.*

fonte de trabalho ou emprego só a quem agrade ao empresário, autorizando-o a demitir desmotivadamente os seus prestadores de serviços, descartando-os como se fossem *peças* que caíram em desuso.

Já para o professor Fábio Konder Comparato⁷ :

a empresa atua para atender não somente os interesses dos sócios, mas também os da coletividade, e que função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. Algumas vezes, interessados no exercício da função são pessoas indeterminadas e, portanto, não legitimadas a exercer pretensões pessoais e exclusivas contra o titular do poder. É nessas hipóteses, precisamente, que se deve falar em função social ou coletiva. (...) em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos.

Por sua vez, o ex-Ministro e jurista Arnaldo Lopes Sússekind⁸, lembra brilhante passagem do insigne Léon Duguit, segundo o qual:

o possuidor de uma riqueza tem, pelo fato de possuir essa riqueza, uma função social a cumprir; enquanto cumpre essa missão, seus atos de proprietário são protegidos", conclui que "a intervenção dos governantes é legítima para obrigá-lo a cumprir sua função social de proprietário, que consiste em assegurar o emprego das riquezas que possui conforme seu destino.

Enfim, nas palavras do professor Hélio Capel Filho⁹:

[...]{cumprir uma função social é nortear o agir, o pensar, o refletir, o possuir, o comerciar, o produzir, o ensinar, o promover e, todos os outros verbos que arrebatam o ente do ostracismo e da inércia, para que tudo o que conjugue produza resultados benéficos para si, para o social e para a coletividade. (...) ao recolher os tributos devidos, ao empregar com dignidade, ao comercializar produtos e serviços que atendam ao clamor de zelo, confiança e respeito ao meio ambiente e ao consumidor, a empresa já estará cumprindo algumas de suas funções sociais. Seria hora de alguém exclamar: Mas isso não é função social, é obrigação legal! E ponderar-se-ia que, estando a empresa cumprindo com suas obrigações legais, estará ela atendendo à vontade social, posto que foi a consciência coletiva legislativamente representada quem as criou. Então a idéia é a de que cumprir a função social da empresa é exatamente buscar a finalidade capitalista do lucro, sem contudo se olvidar das responsabilidades que farão com que a sua existência resulte em desenvolvimento social, cultural, econômico, etc.. O objetivo é o lucro, mas para alcançá-lo a empresa provocou diversos fatos jurídicos que somaram benefícios para a coletividade que a circunda.

⁷ *Empresa e função social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 85, n. 732, out. 1996. p. 43-44.

⁸ *Instituições de direito do trabalho* 12. ed., São Paulo: Ltr, 1991.p. 133 e 134

⁹ *Função social da microempresa*- Revista *Jus Vigilantibus*, 27 de julho de 2004 – artigo:

Como ressaltado acima, o ideário do *valor social do trabalho*, da *dignidade da pessoa humana* e da *livre iniciativa* associa-se a outro valor, que é a *função social da propriedade* (art. 5º, XXIII), que incorpora necessariamente a idéia da *função social da empresa*.

Daí a pertinência da conclusão do Professor Wagner Balera¹⁰: *A conexão de livre iniciativa e trabalho quer significar, sobretudo, prestígio concedido pela ordem jurídica aos que empreendem esforços e mobilizam recursos para a geração e expansão de novos postos de trabalho.*

Entretanto, estes valores – livre iniciativa e valor social do trabalho – quando conflitantes, devem ser sopesados para que se busque o equilíbrio nas dificuldades – em especial, nos momentos de crise - a fim de que um não se sobreponha ao outro. Ao se prestigiar exclusivamente a *livre iniciativa* em detrimento do trabalho, o resultado é o agravamento da questão social. Em sentido oposto, o paternalismo do empregado nas relações de trabalho, pode inviabilizar a empresa que é fonte de postos de trabalho.

Como ressalta Antonio Bayllo e Joaquim Pérez Reis¹¹ *Frente a todo tipo de apologías y mistificaciones, el poder privado empresarial debe ser analizado em términos políticos como un problema de autoridade y democracia em los espacios del trabajo organizado para la producción de bienes y servicios en una sociedad de mercado. E concluem: De esta forma, la violencia del despido és un hecho que se há sometido a la civilização democrática.*

Não se desconhece que a organização empresarial depende de uma autoridade interna privada para estruturá-la, mantê-la em funcionamento por meio de lideranças e capacitação técnica, conforme as exigências dos interesses dos meios de produção, pressupondo um poder hierárquico de comando, ordenação e manutenção da disciplina.

O que se quer prestigiar é o manejo democrático, sem uso de violência, destes poderes, em que se confrontam valores relevantes.

Só assim se vislumbra a completa a função social da empresa.

II.3 - O desemprego como fator de exclusão social

¹⁰ *op. cit.*, p. 1168.

¹¹ *Op. Cit.* P.46.

O desemprego é a *questão social* do século XXI. A expressão *questão social* foi definida por Ferdinand Tönnies¹² como *o conjunto de problemas que se apresentam pela cooperação e convivência de classes, estratos e estamentos sociais, que formam uma mesma sociedade, se encontram separados entre si por seus hábitos de vida e por sua ideologia e visão do mundo.*

Celso Barroso Leite¹³ refere-se ao século XXI, como “O Século do Desemprego”, no qual destaca as diversas modalidades e as múltiplas causas do desemprego: **a tecnologia e a modernização** (*dia virá em que o processo produtivo industrial, prescindirá quase completamente do trabalhador*); **a força do trabalho global** (*a revolução tecnológica e a mão-de-obra global tornaram possível produzir qualquer coisa em qualquer lugar, usando recurso de qualquer lugar, para vender em qualquer lugar*); **maior necessidade de educação** (*a tecnologia e produto da ciência aplicada, para seu uso é necessário qualificação profissional e intelectual cada vez mais ampla*); **menor necessidade de trabalho** (*a humanidade necessita hoje, para o seu funcionamento, de muito menos trabalho do que em qualquer outra época, embora o número potencial de trabalhadores não diminua na mesma proporção*).

Não é, portanto, sem razão que o Estado pós-moderno deve assegurar a proteção ao trabalhador, nestas contingências da vida. Se não puder evitar o desligamento da empresa, deve criar mecanismos que minimizem os seus efeitos, apontando caminhos para a sua reinserção sócio-econômica.

A crise econômica atual evidenciou que a decantada *liberdade dos mercados*, por si só, não conseguiu responder à *questão social* do mundo pós-moderno. Ao contrário, a liberdade de mercados aparece como geradora de novos *problemas sociais*.

Esta crise mostra quão ilusória era a idéia central do pensamento de Adam Smith de que se deveria deixar agirem as leis do mercado, cuja *mão invisível colocará todas as coisas nos seus devidos lugares*.

Aliás, cai bem a propósito o que disse, relativamente à liberdade dos mercados, João Paulo II, na Encíclica *Centesimus Annus*, ponto 40:

[...] há necessidades coletivas e qualitativas que não podem ser satisfeitas através dos seus mecanismos; existem exigências humanas importantes que escapam à sua lógica;

¹² *Desarrollo da cuestión social*, tradução de Manuel Reventós, Labor: Barcelona, 1993, p.13

¹³ *Revista de Previdência Social*, LTr, n. 159, p. 104

há bens que, devido à sua natureza, não se podem nem se devem vender ou comprar.

Como conter os abusos da economia de mercado?

A esperança está no Direito do Trabalho que deve apontar novos caminhos e limites à liberdade de mercado e buscar incessantemente a justiça social.

O papel do Direito do Trabalho é ressaltado pelo Professor Wagner Balera¹⁴:

O Direito do Trabalho será o maior entrave aos abusos da liberdade de mercado, e fixará os limites dessa mesma liberdade.

Qual a proteção que o Direito do Trabalho oferece, no momento?

A forma atual de proteção contra a dispensa individual arbitrária ou sem justa causa é a garantia da indenização¹⁵ a ser definida em lei complementar até agora não promulgada, o que tornou permanente a norma transitória do art. 10, I, do ADCT da CF/88.

Assim, afora as estabilidades provisórias, a proteção do trabalhador contra a despedida individual sem justa causa no nosso sistema jurídico é insuficiente e precária. O contrato de trabalho contém cláusula de denúncia vazia, podendo o trabalhador ser demitido *ad nutum*, isto é, sem necessidade que o empregador forneça as razões de seu ato, ou seja, o rompimento do contrato de trabalho pode ocorrer sem nenhuma necessidade de motivação.

A proteção do trabalhador seria maior se a dispensa para ser legítima - mesmo a individual - devesse ser motivada. Ou seja, deveria ter por fundamento um ato de indisciplina atribuída ao empregado, sua inaptidão técnica, contingências estruturais de modernização de maquinário que resultassem em redução de mão-de-obra, fechamento de um estabelecimento, ou ainda, deveria resultar de crise econômica, falência do empresário etc.

Em grande parte dos países, se não tiver motivação razoável, a dispensa individual pode ser considerada ilícita ou abusiva perante um Tribunal do Trabalho. Se confirmada que a dispensa é ilegítima, o trabalhador poderá ser até reintegrado no emprego. Deve-se começar pelo controle judicial *a posteriori* da dispensa de trabalhadores sem justa

¹⁴ *op. Cit, p.170*

¹⁵ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - **relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;** Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: I- fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista § 1º do art. 18 da Lei 8.036/90. E o Art. 165 da Consolidação das Leis do Trabalho.

causa.

Vale a pena colacionar o sistema espanhol, conforme ressalta a doutrina de Antonio Baylos e Joaquín Péres Rey¹⁶ :

Em nuestro sistema jurídico laboral, en el que rige un principio general de limitación legal del despido, esta resolución unilateral por el empresario del contrato del trabalho, debe necesariamente cumplir três requisitos de validez. El acto del despido ha de tener una causa, cumplir una formalidad determinada, como acto receptício, y, en fim, ha de ser sometido a un control jurisdiccional posterior que verifique la corrección de la conducta empresarial e al respecto. El tratamiento del control judicial de los despidos, tecer elemento sobre el que reposa la construcción legal de la institución, cumple una función legal da institución, cumple la función central en la dinámica de la extinción del contrato de trabajo decidida por el empresario.

As razões da economia de mercado, da livre empresa e da liberdade de iniciativa, para fundamentar a dispensa sem justa causa ou desmotivada, sem nenhum mecanismo de frenagem, é que produz uma variada gama de situações de desigualdade que gera e agrava a pobreza de um lado e a acumulação de riqueza em outro. É necessário incluir cada vez mais os sujeitos coletivos privados na área da proteção social e na conquista da plena cidadania, ampliando as situações precisas dos conteúdos dos direitos fundamentais, especialmente o reconhecimento de novos direitos sociais.

III - A CRISE NAS EMPRESAS E AS DISPENSAS COLETIVAS

III.1 – O mundo globalizado e a crise econômica

A crise econômica 2008/2009 originou-se da tendência do mercado financeiro de crescer além do que permitem os recursos da economia real. Há nisso uma brutal contradição, porque o processo de produção, acumulação, distribuição e consumo de bens e serviços, enfim, a atividade econômica, é o mundo real do capitalismo.

Em economias excessivamente consumistas - como a norte-americana - os bancos sentiram-se à vontade para elevar as taxas de juros a ponto de causar recessão. Esqueceram-se que o crescimento da economia real estava muito dependente da economia fictícia (financeira).

A crise nos Estados Unidos espalhou-se para o mundo inteiro. Para piorar a

¹⁶ *Op cit, p. 26.*

situação, empresas de todas as partes do mundo foram atraídas a investir em bancos e seguradoras norte-americanas, para isso, desviaram parte de seus ativos vinculados à produção. A quebra daquelas instituições financeiras criou maiores dificuldades para o setor produtivo.

O mundo globalizado propiciou, por um lado, a era da integração internacional de mercados produtores e consumidores, e, por outro, revelou-se propulsor da geração e propagação de crises mundiais. O Brasil, que se beneficiou nos últimos anos do crescimento econômico internacional globalizado, não soube prevenir-se contra os seus efeitos.

As consequências naturais foram inevitáveis: retração do mercado com repercussão igual para os produtores, causando a dispensa em massa de trabalhadores por empresas de todos os setores da economia.

III.2 - As dispensas individuais e coletivas e a proteção dos trabalhadores

O Direito Internacional do Trabalho, por meio da Convenção nº 158 da OIT, oferece alternativas de regulamentação para o enfrentamento da crise, com disciplina das *dispensas coletivas* de forma diversa da proteção contra a dispensa individual.

No Brasil - país não mais signatário da Convenção nº 158 da OIT - as empresas praticam dispensas coletivas à semelhança das individuais. Isto é, demitem por simples manifestação unilateral e potestativa de vontade, que se legitima pela autorização do empregado de sacar o saldo da conta vinculada do FGTS acrescido da multa de 40% sobre os depósitos efetuados pela empresa.

Deve-se reconhecer às empresas o direito à prática da dispensa em caso de justa causa ou por razões objetivas: por motivo de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural. Obrigar a empresa a manter os empregados sem produzir ou sem mercado para os seus produtos é condená-la a fechar as portas.

Entretanto, a liberdade do empregador para praticar a demissão individual não pode ser estendida para a prática da dispensa coletiva, em razão das naturais consequências do seu ato para uma coletividade de pessoas, com repercussões sociais severas.

III.3 - O que diferencia a *dispensa coletiva* da *dispensa individual*

No plano dos conceitos, demissão coletiva – ensina-nos Orlando Gomes¹⁷ “é a rescisão **simultânea**, por motivo único, de uma pluralidade de contratos de trabalho numa

empresa, sem substituição dos empregados dispensados”. (destaquei)

Assim, ao contrário do que se pensa, a dispensa coletiva não é forma de dispensa individual plúrima, porque nesta, para cada demitido, pode haver causa diferente e normalmente tem o propósito de substituição do demitido por outro empregado.

Na dispensa coletiva, a causa é **única** e o propósito é a **redução do quadro de pessoal** da empresa.

A diferença entre dispensa individual e coletiva foi bem definida pelo Professor-Doutor da PUC-SP **Renato Rua de Almeida**¹⁸:

A despedida individual justifica-se por fato de natureza disciplinar (justa causa) imputável ao empregado ou por inaptidão profissional às mudanças técnicas da empresa.

Já a despedida coletiva é arbitrária ou não, dependendo da existência comprovada de fato objetivo relacionado à empresa, causado por motivo de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural.

Ressalta o Professor que a despedida implica em controle *a priori* e *a posteriori*, conforme as diretrizes gerais da Convenção nº 158, de 1982, da Organização Internacional do Trabalho.

Acrescentando, o autor afirma:

Tais diretrizes gerais da despedida individual, bem como os procedimentos da despedida coletiva, fazem com que o Direito do Trabalho contemporâneo esteja consentâneo com o fenômeno da procedimentalização que informa o direito como um todo, com a chegada da “sociedade da informação e da comunicação”, conforme afirma Alain Supiot (6), em obra recente, isto é, um direito construído dentro da teoria da comunicação, segundo lição de Jürgen Habermas (7), vale dizer, um direito operacionalizado por normas reguladoras das relações privadas, onde as decisões são mais negociadas e tomadas entre particulares, do que um direito imposto por normas heterônomas e imperativas, cujas decisões são mais hierarquizadas e unilaterais.

Amauri Mascaro Nascimento¹⁹, Professor-Doutor aposentado da USP, ensina:

Quanto à dispensa coletiva, o principal traço jurídico distintivo da individual está na natureza do ato instantâneo desta e de ato sucessivo naquela, na forma em que prevê a Convenção 158 da OIT – Organização Internacional do Trabalho, que define um modelo de procedimento em várias e sucessivas etapas, a começar de um programa de dispensas, de modo a preservar os trabalhadores em determinada situação - como os

¹⁷ LTR, ano 38, janeiro de 1974, p.575-579.

¹⁸ Revista LTr 71-03/336, p. 336-345, março de 2007.

¹⁹ Revista LTr. 73-01/9-73-01/25, janeiro de 2009.

mais antigos etc. – seguindo-se a verificação da possibilidade de alternativas, como a suspensão coletiva do trabalho por um prazo, um aviso prévio prolongado e outras, que podem diversificar-se em cada situação concreta.

Ressalta o professor Amauri que o art. 13 da Convenção nº 158 da OIT preconiza que havendo dispensas coletivas por motivos econômicos, técnicos, estruturais ou análogos, o empregador deverá informar oportunamente à representação dos trabalhadores, manter negociações com essa representação e notificar a autoridade competente, cientificando-a da sua pretensão, dos motivos da dispensa, do número de trabalhadores atingidos e do período durante o qual as dispensas ocorrerão.

Entretanto, no Brasil, a Convenção nº 158 da OIT, ratificada pelo Decreto-Lei nº 68 de 17.09.92, publicado no diário oficial em 11 de abril de 1996, infelizmente, teve vida curta porque foi denunciada em 20 de novembro do mesmo ano de 1996. Assim, vigorou por apenas oito meses. Ainda que a denúncia esteja *sub judice* – por meio de uma ADI, no STF, os Tribunais consideram-na banida do ordenamento jurídico. Tanto que o STF arquivou, por perda do objeto, a ADI 1.480-3-DF, que visava a declaração de sua inconstitucionalidade.

Os argumentos utilizados para a denúncia são de que a Convenção nº 158 contemplava estabilidade no emprego, forma de proteção exagerada nas demissões individuais e coletivas para um país de economia frágil, o que criaria entrave para o desenvolvimento econômico.

Entretanto, conquanto o nosso governo refute sua adoção pelo Brasil, a Convenção nº 158 da OIT já foi ratificada na Antigua Y Barbuda, Austrália, Bosnya e Herzegovina, Camarões, Chipre, Congo, Eslovênia, Espanha, Etiópia, Finlândia, França, Gabão, Lesoto, Letônia, Luxemburgo, Macedônia, Malavi, Marrocos, Modavia, Montenegro, Namíbia, Nigéria, Nova Guiné, Portugal, República Centro Africana, Santa Lúcia, Sérvia, Suécia, Turquia, Ucrânia, Uganda, Venezuela, Yemen e Zâmbia.

Curiosamente, não há notícia de que nenhum destes países tenha denunciado a Convenção, como fez o Brasil. E, como é fácil de ver, a maioria dos países signatários da convenção possui economia menos desenvolvida que o Brasil.

Vê-se, portanto, que remanesce na sociedade brasileira o receio do retorno dos malefícios da estabilidade decenal (obsolescência do empregado; desinteresse pelo serviço e por se requalificar; pequenas indisciplinas e mau procedimento que não qualificam falta grave,

mas entravam o serviço etc). Dificulta, ainda mais, a aceitação entre nós da orientação da Convenção nº 158 da OIT, o fato de todo debate acerca do tema ganhar sempre conotação ideológica.

Em se tratando das dispensas coletivas, foco deste trabalho, falta um mecanismo jurídico que suavize os seus malefícios. É com o propósito de suprir a lacuna que em inúmeros acordos e convenções coletivas de trabalho que são examinados nos processos no dia-a-dia no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região constatam-se cláusulas que estipulam um regramento para as dispensas coletivas, com escalonamento nas demissões, obedecendo alguns critérios, como, em primeiro lugar, os aposentados em atividade, seguindo-se os solteiros, os mais recentes contratados, os casados com menos encargos familiares etc.

Outra alternativa é a criação de Plano de Demissão Voluntária – PDV, com indenização proporcional ao valor do salário e ao tempo de serviço, ou manutenção de algumas vantagens contratuais por um certo período após o desligamento - como planos de assistência à saúde e odontológica, cesta básica, acesso aos cursos de reciclagens e promessa de recontração tão logo superadas as dificuldades enfrentadas. Inclui-se aí possibilidade de suspensão temporária do contrato, na forma do art. 476-A da Consolidação das Leis do Trabalho, para cursos ou programas de qualificação.

IV- A DISPENSA COLETIVA E A PROTEÇÃO DO TRABALHADOR NO DIREITO COMPARADO

No Direito Internacional do Trabalho, as disposições da Convenção nº 158 da OIT, nos seus art. 13 e 14, sugerem aos Estados membros a disciplina das dispensas coletivas.

Na **União Européia**, os países membros seguem as diretrizes uniformes, de observância obrigatória, independentemente do Direito interno, por meio das **Directivas 75/128/CEE de 17.02.1975, e 92/56/CEE de 24.06.92**. E todas as diretrizes harmonizam-se com as disposições da Convenção nº 158 da OIT.

Destaque-se que a Directiva 98/59, do Conselho da União Européia, de 20.06.98, nos considerando,²⁰ é explícita quanto a uma política de reforço à proteção dos trabalhadores nos casos de dispensas coletivas, mediante procedimento de consultas às

²⁰ *Considerando que se deve reforçar a proteção dos trabalhadores em caso de despedimento coletivo, tendo em conta a necessidade de um desenvolvimento econômico e social equilibrado na Comunidade.*

representações dos trabalhadores, com as finalidades de celebrar acordo, evitar ou atenuar as conseqüências da dispensa e prever medidas sociais de acompanhamento, especialmente de ajuda para a reciclagem dos trabalhadores atingidos, por necessidade de desenvolvimento econômico equilibrado.

Na **Espanha**, o Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de março, aprovou o novo texto da *Ley del Estatuto de los Trabajadores*:

2. El empresario que tenga la intención de efectuar un despido colectivo deberá solicitar autorización para la extinción de los contratos de trabajo conforme el procedimiento de regulación de empleo previsto en esta Ley y en sus normas de desarrollo reglamentario. El procedimiento se iniciará mediante la solicitud a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores.

Em **Portugal**, a **Lei nº. 7/2009**, art. 359º, é uma regra para as dispensas coletivas. Luíz Manuel Teles de Menezes Leitão²¹ noticia que nas dispensas coletivas assegura-se o direito a uma compensação financeira de um mês de salário por ano de serviço, no mínimo de três meses de salário, e a um aviso prévio de sessenta dias. O procedimento inicia-se com a comunicação às autoridades e aos sindicatos da pretensão de despedir. Seguem-se a troca de informações e negociações do empregador com as entidades sindicais profissionais, com vistas a um acordo acerca da dimensão e dos efeitos das dispensas, da adoção de medidas suaves, como redução de pessoal ou suspensão do trabalho, conversão e reclassificação profissional, com mediação de órgãos públicos. Não havendo acordo, deflagra-se o processo de demissões, mediante aviso prévio indicando o motivo e o valor da indenização, a forma e o lugar do pagamento.

No **México**, a *Ley Federal del Trabajo*, de 01.04.1970 (cf. última reforma, que foi publicada no DOF de 17/01/2006), tem disposições específicas acerca das dispensas coletivas no art. 433.

No **Código de Trabalho Francês**, o art. L-122-14, estatui que o empregador, se pretender despedir empregado, deve antes convocá-lo formalmente para uma reunião com representante dos empregados da empresa, quando deve indicar os motivos da despedida individual, cujo fundamento deve ser uma causa real e séria que impeça a continuidade executiva do contratato de trabalho. Nesta reunião, o empregador dará os motivos da dispensa e ouvirá as explicações do empregado. Se mantida a dispensa, o empregado poderá imugná-la

²¹ *Direito do Trabalho*, Lisboa (Portugal): Edições Almedina SA, 2008, p.458-460

em juízo, onde será revisto o procedimento prévio, bem como o mérito da despedida.

No âmbito do Mercosul, a **Lei Argentina** nº 24.013, promulgada em 05/12/91, dispõe, entre outros temas, acerca do procedimento preventivo de crises de empresas. Estabelece critérios para despedidas coletivas, começando pela comunicação prévia aos demitidos ou àqueles que tenham contratos suspensos por força maior, causas econômicas ou tecnológicas que afetem um número elevado de trabalhadores, e avança para um procedimento de negociação perante o Ministério do Trabalho, com a participação sindical.

O Professor-Doutor César Arese²², da Universidade Nacional Argentina, de Córdoba, destaca que o procedimento preventivo de crises da Lei 24.013 foi muito utilizado durante a década de 1990 e nos primeiros anos deste século, 2001 e 2002. Somente em 2002, houve registro de 704 convenções preventivas em Córdoba. Esta imposição de negociação coletiva é criticada pela doutrina por ferir a liberdade sindical garantida pela Constituição, como ressalta o Professor, Advogado e Juiz do Trabalho Luiz Raffaghelli.

No Paraguai, a Lei n. 213/9 - Código do Trabalho - contempla a dispensa sem justa causa (art. 91) – desmotivada- mediante indenização. Entretanto, assegura estabilidade após dez anos ininterruptos de serviços ao mesmo empregador. Em se tratando de estável, imputada a justa causa, suspende-se o contrato, seguindo-se o procedimento probatório perante o Juiz do Trabalho; não provada a justa causa, haverá reintegração, com pagamento dos salários do período de suspensão, podendo o trabalhador optar por receber indenização por antiguidade, em dobro, além do aviso prévio. Em casos de dispensa por fechamento da empresas - implícito tratar-se de dispensas coletivas - o empregador deve comunicar à autoridade competente que noticiará aos trabalhadores a resolução do contrato(art. 78, letra *h*); se no prazo de um ano, houver reinício de atividade empresarial ou semelhante, ficará obrigado a readmitir, sob pena de indenizar os trabalhadores. Não havendo comunicação à autoridade do fato, há obrigação de indenizar.

V – A CONTEXTUALIZAÇÃO DO CASO EMBRAER

No julgamento dissídio coletivo da EMBRAER, ante o ineditismo da matéria – *invalidade de demissão em massa não precedida de negociação coletiva* – e a omissão legislativa nacional, foi necessário examinar o caso à luz de perspectivas da proteção do empregado no Direito Internacional do Trabalho, no direito comparado, inclusive no âmbito do

²² *Derecho de la negociación colectiva*, Buenos Aires (Argentina):Rubinzal-Culzione Editores, 200, p.365-377

Mercosul, para, finalmente, propor uma solução cabível, balizada pelos elementos dos autos e pelas circunstâncias notórias que envolvem o caso.

Diante das lacunas e omissões do ordenamento jurídico brasileiro, foi muito importante poder levantar as práticas empresariais adotadas em situações semelhantes, como nas incorporações, fusões e privatizações de empresas, além de outras iniciativas adotadas em momentos de crise nas empresas, bem como estipulações em acordos e convenções coletivas acerca do tema.

Cumprе destacar que não se desconhece que a EMBRAER, empresa genuinamente brasileira, com tecnologia aqui desenvolvida e incorporada, com capital e material humano nacionais, âncora internacional na produção de aeronaves que não se deve poupar esforços para preservá-la.

O que seria de se esperar, porém, é que seus dirigentes, neste momento de crise, dispensassem melhor tratamento aos seus trabalhadores, porque ao longo de muitos anos colaboraram diuturnamente para que a EMBRAER tornasse-se a empresa de sucesso.

Não se olvida que os sindicatos profissionais do setor são de difícil relacionamento com as empresas, porque se caracterizam por uma postura de confronto e de raro ou difícil diálogo.

Ficou evidente que sequer houve, por parte da empresa iniciativa ou sinalização de interesse e intenção de negociar com os representantes dos trabalhadores, para a demissão em massa. Negociar, por óbvio, não significa ceder às pretensões dos empregados ou de seus sindicatos, mas meio de obter concessões recíprocas das partes e por termo ao conflito.

Com tal espírito, porém, fica difícil avançar no País para sedimentar uma cultura de negociação coletiva direta e efetiva nas relações de trabalho. Felizmente, em grande parte de setores empresariais predomina o espírito de negociação direta e transparente com os representantes profissionais, sem a intervenção do Estado.

Temos, por exemplo, os recentes casos da Volkswagen de Taubaté-SP e da General Motors do Brasil de São Caetano do Sul-SP, diga-se, decorrentes da mesma conjuntura econômica mundial desfavorável, em que ambas as empresas formalizaram ajustes extrajudiciais como medida prévia à possível demissão em massa de trabalhadores.

‘Agência Estado’ – notícia de 02/10/2003, atualizada em 19/07/2008 – (sítio ‘Paraná Online’): ***Volkswagen dará licença remunerada - São Paulo - Disposta a eliminar quase 4 mil postos de trabalho, a Volkswagen do Brasil fez proposta irrecusável aos funcionários da fábrica de São Bernardo do Campo, no ABC paulista, com a participação sindical, pretendendo demitir 1.923 trabalhadores considerados excedentes que serão, porém, mantidos na casa, por um contrato de estabilidade, com pagamento dos salários até o final de 2006, quando então serão demitidos. Os trabalhadores realizam assembleia amanhã para dizer se aceitam. Outra opção é aderir a um programa de demissão voluntária (PDV) e receber 20 salários extras, além de abono de 40% por ano trabalhado.***

A **General Motors Brasil de São Caetano do Sul-SP**, notícia de 21/01/2009 - Valor Online - sítio da *Globo.com*: ***GM dá licença remunerada para 1,6 mil no ABC e extingue terceiro turno SÃO PAULO - Um dia após o fim das férias coletivas na fábrica de São Caetano do Sul (SP), a General Motors concedeu licença remunerada para 1.633 trabalhadores temporários da linha de montagem da unidade, que conta com cerca de 6 mil empregados.[...]. Mediante negociação coletiva, o terceiro turno da fábrica foi extinto e o número de funcionários reduzido no primeiro e segundo turnos; além disso, pactouou-se licença remunerada para evitar dispensas, como aconteceu em São José dos Campos. Informou o vice-presidente do Sindicato da categoria que, inicialmente queriam demitir, mas conseguiu-se chegar a um consenso e dar tempo hábil para ver se a economia reage.***

Noticiou-se, ainda, que em Caxias do Sul (RS), a fabricante de carrocerias Marcopolo anunciou férias coletivas a 1,8 mil funcionários; com paralização por 20 dias, menos de um mês após as férias coletivas de fim de ano. Segundo o diretor de administração da Marcopolo, Milton Susin, todos são *colaboradores com férias vencidas e a empresa optou por concedê-las nesta época para aproveitar o menor nível de produção*. Ele descartou demissões. (Valor Econômico)

Como ressaltai, no caso da EMBRAER, infelizmente – diante da falta de disposição para a negociação direta com os sindicatos e as infrutíferas tentativas de conciliação das partes, na fase judicial - só restou ao Tribunal ditar uma decisão, o que definitivamente não será, em situações que tais, a solução ideal.

VI - DA “PROTEÇÃO” DO EMPREGADO NA DEMISSÃO COLETIVA NO BRASIL

Neste trabalho, já se enfatizou que o Direito do Trabalho no Brasil não se cogita de proteção do empregado contra a dispensa coletiva, como ressalta o Professor Amauri Mascaro Nascimento²³: *Nosso direito voltou-se para as dispensas individuais, e nesse sentido é que se dirige a sua construção legal, doutrinária e jurisprudencial, apesar da realidade mais rica e expansiva das relações de trabalho.*

A falta de regramento da matéria, em alguns acordos e convenções coletivas, vem sendo suprida pela introdução de cláusulas que estabelecem os mais variados critérios para a demissão coletiva, inspirados geralmente nos costumes, como dos PDV's, ou nas diretrizes da própria Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho.

Assim, no caso EMBRAER, rejeitada as propostas de conciliação do Presidente do TRT/15ª Região, não havendo previsão em instrumentos normativos da categoria de critérios para a demissão coletiva, constatou-se uma enorme lacuna no ordenamento jurídico em relação à matéria.

Ao juiz, contudo, não é dado recusar-se a decidir ante a omissão ou de lacuna na lei, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que é norma geral de direito que orienta a aplicação de todo o ordenamento jurídico privado.

Além disso, o direito do trabalho tem norma específica no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, que preconiza expressamente:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste. (destaquei)

Russomano²⁴ ensina que *Se o Direito não tem lacunas, a lei as possui, porque é produto da inteligência do homem, logo, falível e incompleta. [...] No Direito do Trabalho, o juiz ou autoridade administrativa deverá, primeiramente, recorrer aos princípios gerais de Direito do Trabalho, tomando a expressão, agora, como os princípios dominantes na legislação trabalhista do país. E, se não forem eles suficientes para a solução do impasse, então recorrerá aos princípios gerais de Direito, isto é, direito fundamental.* E finaliza, **Hoje**,

²³ Idem, ibidem.

²⁴ Mozart Victor Russomano, *Comentários à CLT*, Rio de Janeiro:Forense, 1990, p42-43

não mais se admite um jurista, na acepção exata do termo, desligado desse estudo comparativo, pelo qual se abrem novos rumos para o Direito, recolhidos, sobretudo, da experiência e da prática de outras nações (destaquei).

Neste contexto, não restou outro caminho senão buscar socorro nos princípios jurídicos e nos princípios gerais de direito, especialmente de Direito do Trabalho e de Direito Comparado, ancorado neste preceito legal, para o enfrentamento da questão posta.

VII - OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS E SUA FORÇA NORMATIVA

Graças em grande parte aos estudos de Robert Alexy²⁵, do jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin²⁶, sucessor de Herbert Hart na cátedra de jurisprudência da Universidade Oxford, Miguel Reale e tantos outros, a dissociação entre normas, princípios e regras foi superada.

Esina-nos Miguel Reale²⁷ que os princípios são os fundamentos que servem de alicerce ou garantia e certeza a um conjunto de juízos. No dizer de Robert Alexy²⁸ são proposições dotadas de tal grau de generalidade que, em geral, não podem aplicar-se sem a adição de ulteriores premissas normativas, ou seja, concretizam-se com a ajuda de outros enunciados normativos.

É consenso na doutrina que os princípios têm função interpretativa, integrativa, diretiva ou programática e construtiva. Numa visão mais didática, têm uma função **metodológica**, quando orientam o conhecimento, a interpretação e a aplicação do Direito; **ontológica** quando se constituem em fonte de direito; **axiológica** quando exprimem valores fundamentais que inspiram e legitimam o direito positivo²⁹.

A doutrina da dissociação entre normas, regras e princípios entra na classificação dos princípios **transpositivos** que são transcendentais e estruturantes dos diversos domínios da ordem jurídica (princípios jurídicos, princípios gerais do direito e do direito do trabalho, do direito civil etc.) e **suprapositivos**, quando expressam valores

²⁵ *Teoria de los derechos fundamentales*, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

²⁶ *Levando o direito a sério*- Tradução de Nelson Boein, Martins Fontes – 2002.

²⁷ *Filosofia do direito*, São Paulo:Saraiva, 2005, pp 60 e seguintes.

²⁸ *Theori der gundrechte*, 2. Auflage. Frankfur am Main, Sudrkcamp, 1991, p. 205, tradução do autor.

²⁹ Francisco Amaral, *A Interpretação jurídica segundo Código Civil*, Revisa do Advogado, n.98, 2008, p.90.

fundamentais de Direito: liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho, cidadania, não discriminação, livre iniciativa, segurança jurídica, intimidade, vida privada, honra, enfim, toda gama de valores que constituem os direitos fundamentais.

A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as normas-disposição. *As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípios, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema*³⁰.

Nesta linha de raciocínio, qual seja, da dissociação de normas, princípios e regras, é oportuno destacar a afirmação de Norberto Bobbio³¹: *Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema (...). Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras e esta é também a tese sustentada por Crisafulli.*

Com o evoluir da Teoria Geral do Direito, mormente em face da inserção dos princípios nos textos constitucionais, operou-se *uma revolução de juridicidade sem precedentes nos anais do constitucionalismo. De princípios gerais se transformaram, já, em princípios constitucionais. Assim, as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais, tornando a teoria dos princípios hoje o coração das Constituições. E mais: a constitucionalização dos princípios constitui-se em axioma juspublicístico de nosso tempo.*³²

O prof. Paulo Bonavides³³ sintetiza, com a maestria que lhe é peculiar, a evolução da teoria da força normativa dos princípios e a sua prevalência no pós-positivismo jurídico:

Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições);

³⁰ Luiz Roberto Barroso, *Interpretação Constitucional Aplicada da Constituição*, São Paulo: Saraiva, 1998, p.141.

³¹ *Teoria do ordenamento jurídico*, 7ª ed, 1996, UnB, p. 191.

³² BONAVIDES, Paulo, *Direito Constitucional* - 1998, p. 18.

³³ BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 265

a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da ciência jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo este desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.

A partir da idéia da normatização dos princípios que protegem os valores magnos da sociedade pós-moderna, não é exagero sustentar que os princípios - juntamente com as regras e a argumentação jurídica - fazem parte do gênero *norma*. Os princípios devem ser encarados hierarquicamente como norma jurídica, garantindo-lhes, pelo menos, o mesmo grau de importância das regras legais nesta nova hermenêutica jurídica.

Diante das formulações de valores que embasam a normatividade dos princípios, a estes deve ser conferida prevalência e preferência em detrimento das regras do sistema jurídico, situando-os no ponto mais alto do sistema. São as concepções transpositiva e suprapositiva dos princípios que nortearão o raciocínio jurídico.

Revela-se, portanto, perigoso afirmar que, em razão do disposto nos artigos 4º da Lei de Introdução do Código Civil, 126 do Código de Processo Civil e, finalmente, 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, os princípios ficam situados num plano secundário ou hierarquicamente inferior do sistema jurídico, alegando ser lícita a sua aplicação somente nos casos de lacuna na lei.

Os regramentos do sistema jurídico são posteriores aos princípios, uma vez que destes se originam. Claro, as regras postas estão assentadas nos princípios. Caso uma determinada regra seja suprimida do ordenamento jurídico, porém, permanecerá vivo o princípio que embasou a sua criação³⁴.

Assim, é possível concluir com Cinthia Maria Fonseca Espada³⁵ que no pós-positivismo jurídico os princípios adquiriram a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes, válidas e eficazes. Os princípios são estruturalmente iguais aos valores. Introduz-se novamente a moral no Direito e a idéia de justiça volta a estar presente na interpretação jurídica. Neste contexto, a realização dos direitos fundamentais passa a ser o centro das

³⁴ PANCOTTI, Luiz Gustavo B. Pancotti, *Conflitos de princípios constitucionais na tutela de benefício previdenciários*. São Paulo: LTr, junho, 2009, p.35.

³⁵ *Dignidade Humana da Pessoa Trabalhadora: A Tutela dos Direitos Fundamentais no Marco do Direito do Trabalho* - 2007: Ameruso Artes Gráficas Ltda-ME.

preocupações dos juristas.

Acerca dos valores que são substrato de idéias que se cristalizam em princípios jurídicos, ensina José Afonso da Silva³⁶:

Valor, em sentido normativo, é tudo aquilo que orienta (indica diretriz) a conduta humana. É um vetor (indica sempre um sentido) que guia, atrai, consciente ou inconscientemente, o ser humano. O valor comporta sempre um julgamento, e, pois, uma possibilidade de escolha entre caminhos diferentes. Isso porque a cada valor corresponde um desvalor. Nesse sentido, a democracia é um valor político; a ditadura, um desvalor. Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV) são, assim, os elementos que lhe dão o rumo do bem-estar social.

Por outro lado, esta visão pós-positivista da hermenêutica do Direito levou-me a sustentar na dissertação de conclusão do curso de mestrado³⁷ que na atual perspectiva do Direito não subsistem os postulados da hermenêutica tradicional que reduziam a eficácia das normas constitucionais a meramente programáticas. A normatização dos princípios jurídicos resgatou a trilogia ética, moral e direito, em divórcio do positivismo jurídico de Kelsen e Hart. Assim, o controle judicial dos atos jurídicos públicos ou privados, individuais ou coletivos, requerem uma nova postura da atividade jurisdicional .

VIII - INVIABILIDADE DO CRITÉRIO DA DISPENSA INDIVIDUAL NAS DEMISSÕES EM MASSA

O raciocínio jurídico do voto condutor permitiu ao TRT de Campinas concluir que ser possível reconhecer que é mais amplo o espectro protetor do Direito do Trabalho em caso de dispensa coletiva, em comparação com as dispensas individuais.

Esta afirmação sustenta-se nos fundamentos do Estado Democrático de Direito preconizados na Constituição da República, definidos entre os *Princípios Fundamentais*, a *dignidade da pessoa humana*; os *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* (no art. 1º, III e IV); a *construção de uma sociedade livre, justa e solidária*; a *garantia do desenvolvimento econômico*; a *erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais*; a *promover do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outras formas de discriminação* (no art. 3º, I, II, III e IV); a *independência nacional e a prevalência dos direitos humanos* (art. 4º, I e II).

³⁶ *Comentário contextual à Constituição Federal de 1988 - 2005*, São Paulo: Malheiros, p. 35.

Tais fundamentos do Estado de Direito Democrático desdobram-se e/ou estão definidos, de forma particular, no Título VII - *Da Ordem Econômica* - e criam mecanismos de proteção e garantia do sistema capitalista, definem política de contenção de abusos do poder econômico (art. 170 a 192); e na definição *Da Ordem Social* instituem mecanismos de desenvolvimento social, a necessidade de redução da desigualdade social e da pobreza, por meio de ações que garantam ao cidadão: acesso ao trabalho, previdência social, saúde, educação, assistência social, proteção ao meio ambiente, cultura, família, criança, adolescente, idoso etc. (arts. 6º, 7º e 193 a 232).

Neste espectro de princípios basilares explícitos na Constituição da República encontram-se os fundamentos para sustentar que as dispensas coletivas de trabalhadores por empresas - sejam por inovações tecnológicas, automações, crises econômicas etc., ou por supressão de estabelecimentos - não são imunes a uma rede de proteção dos trabalhadores atingidos, em razão de seus impactos econômicos e sociais. Esta proteção deve ter outros parâmetros além daqueles que o Direito do Trabalho expressamente concede aos trabalhadores que sofrem demissões individuais.

Os pressupostos do regime geral do Direito do Trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego na despedida individual são insuficientes para fazer frente à gravidade do fenômeno da dispensa coletiva.

Por esta razão, os ordenamentos jurídicos de tantas outras nações, inspirados na Convenção nº. 158 da OIT, regulamentaram a dispensa coletiva de forma minuciosa, partindo de diretrizes que exigem desde pedidos de autorizações ou comunicações prévias às autoridades competentes, negociações coletivas que definam critérios de dispensa e, finalmente - se não for possível evitar as demissões coletivas - determinam que se adote alternativas de proteção aos trabalhadores, de modo a causar o menor impacto possível para as suas famílias e para a coletividade. Nessa linha, os acordos e convenções coletivas com estipulações de critérios para dispensa em massa.

Assim, pela aplicação dos princípios constitucionais mencionados, a legislação comparada, especialmente do Direito Internacional do Trabalho, da União Européia, de alguns países que compõem Mercosul, é possível concluir que as demissões coletivas não devem ser aceitas, a não ser quando obedecidos todos os rituais próprios e específicos, incluindo sempre negociações coletivas que busquem alternativas que suavizem seus efeitos, como é o caso das

³⁷ *Princípio da inafastabilidade da jurisdição e controle da discricionariedade administrativa*, 2008- LTr, p. 153.

indenizações.

Relativamente à eficácia da Convenção nº. 158 da OIT, no Brasil, cumpre ressaltar a declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho - em que se considera o crescimento econômico essencial, mas não suficiente para assegurar a equidade, a erradicação da pobreza e a manutenção de empregos - para sustentar que todos os membros, *ainda que não tenham ratificado as convenções tenham compromisso derivado do simples fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções.*

Concluiu a Egrégia Corte do Trabalho de Campinas, outrossim, que seria possível entender e acatar as justificativas alegadas de que uma crise econômica mundial afetou brusca e profundamente o mercado, implicando necessariamente na redução da produção de aeronaves, com o cancelamento de encomendas e a falta de perspectiva de uma retomada para breve dos níveis de produção, como no último semestre do ano de 2008, mormente considerando que sua atividade empresarial é totalmente dependente de um mercado internacional que se encontra em profunda retração e sem sinais de recuperação para os próximos meses, ou talvez anos.

A contundência destes fatos afigura-se inarredável e torna a situação irreversível, na medida em que o número de postos de trabalho ofertados pelas empresas estão sempre atrelados ao seu potencial produtivo. Estes, por sua vez, dependem do desenvolvimento da estabilidade da economia de cada país e, no caso, como em muitas outras atividades empresariais, dependem também da estabilidade do mundo globalizado. Por isso, oscilações econômicas locais e no mundo são sempre fatores inevitáveis de maior emprego ou desemprego.

O incompreensível foi a forma como a demissão coletiva foi conduzida e efetivada, sem a busca de nenhuma forma efetiva de alternativa para suavização dos seus efeitos, e - o que é pior - sem qualquer anúncio prévio, nem manifestação de disposição de negociar uma demissão coletiva de modo a causar um impacto menor nas famílias e na comunidade.

IX –O CARÁTER ABUSIVO DAS DEMISSÕES EM MASSA, SEM NEGOCIAÇÃO COLETIVA.

Por ausência de disposição de negociação coletiva prévia, para praticar a dispensa em massa, o ato patronal se afigura abusivo, por afronta aos princípios da função social do contrato e boa-fé objetiva norteadores do direito privado, acolhidos pelo Código Civil de 2002, partir dos valores contemplados nos princípios constitucionais retro mencionados.

No caso, a EMBRAER só se rendeu à negociação, forçada pela liminar de suspensão dos efeitos das demissões, concedida pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Num primeiro momento, radicalmente intransigente, nada ofereceu e resistiu às propostas do Presidente do Tribunal. A negociação evoluiu, porque não se desistiu das tratativas nas primeiras audiências. Foram quinze dias de negociação. Tanto foi produtiva que culminou com uma proposta da empresa, não aceita pelo Sindicato, mas serviu de base para a solução judicial do conflito coletivo.

Por ser óbvio, num ambiente de negociação direta com mais tempo de reflexão e consulta às respectivas partes representadas, poder-se-ia evoluir para proposições de maior alcance e, possivelmente, chegar a um consenso, sem intervenção estatal.

Assim, vislumbrou-se que a ausência de negociação coletiva prévia e espontânea ao ato demissional coletivo caracterizou o ato como abusivo e ofensivo à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho, à livre iniciativa e à cidadania.

No âmbito do domínio econômico, a liberdade de iniciativa deve ser contingenciada por interesses do desenvolvimento nacional e de justiça social, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão nos autos do Mandado de Segurança n. 3351-4-DF, de relatoria do Ministro Demócrito Reinaldo, na 1ª Seção, publicado no D.J. de 10.08.94, *in verbis*:

No domínio do desenvolvimento econômico – conjunto de bens e riquezas a serviço de atividades lucrativas – a liberdade de iniciativa constitucionalmente assegurada, fica jungida ao interesse do desenvolvimento econômico nacional da justiça social e se realiza visando à harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção, admitindo, a Lei Maior, que a União intervenha na esfera da economia para suprimir ou controlar o abuso de poder econômico.

Destarte, sob pena de configurar abuso do poder econômico, além de ofensa aos princípios da boa fé objetiva e do valor social do contrato de trabalho, não se pode reconhecer a discricionariedade absoluta do empregador para as demissões coletivas, sem que haja uma ampla negociação com os entes sindicais respectivos.

O princípio da boa-fé dos contratos assegura o acolhimento do que é lícito e a repulsa do ilícito. Noutras palavras, a boa-fé é a presença da ética nos contratos. Daí porque, tanto na celebração quanto na execução do contrato de trabalho devem ser observados os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva³⁸, a teor dos arts. 187, 421 e 422 do Código Civil, aplicados por com a permissão do art. 8º, parágrafo único, da CLT:

Art. 187 - Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 421 - A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422 - Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Evidente, pois, que para que se cumpra a função social do contrato, os atores sociais devem observar os valores da solidariedade (art. 3º, I, da CF/88), da justiça social (art. 170, *caput*, da CF/88), da livre iniciativa, respeitada a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) e, por fim, não ferirem outros valores difusos, como ambientais, por exemplo. Resumindo, a boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes, seja na fase de negociações preliminares, seja na própria execução do contrato, quanto se fizer necessário ou a exigência decorrer da própria natureza do contrato.

Neste contexto, deve considerar os valores fundamentais veiculados nos princípios privados alçados a *status* constitucional, mas de modo que um não se sobreponha ao outro, porque, *in abstracto*, todos têm igual peso e relevância nos propósitos de um Estado Democrático de Direito e Social. No dia-a-dia, porém, estes valores entram em colisão ou conflito. Cumpre ao aplicador do direito, portanto, ponderar os valores em conflito e atribuir maior peso àquele que se apresenta como a melhor solução do caso concreto, já que não se pode falar em validade de um e invalidade do outro, mas dimensão de peso na sua aplicação à espécie em exame, em autêntica técnica de ponderação. A justiça da decisão consiste em mitigar momentaneamente um valor para aplicar o outro. Não se pode perder de vista, entretanto, que o valor base de todo o ordenamento e raciocínio jurídico é a dignidade da pessoa humana, porque o homem é o fim e não o meio de todos os valores que se pretende preservar. Assim, se para preservar a vida da empresa é indispensável a dispensa em massa, que

³⁸ FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo:Malheiros. 2006., p.168 e seguintes

se faça, mas pelo meio democrático da negociação coletiva, para minimizar os seus efeitos econômicos e sociais.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

----- *Theori der gundrechte*, 2. Frankfur am Main, Sudrkcamp, 1991, p. 205, tradução do autor.

ALMEIDA, Renato Rua. Revista LTr 71-03/336, p. 336-345, março de 2007

AMARAL, Fracisco, *A Interpretação jurídica segundo Código Civil*, Revista do Advogado, n.98.

ARESE, César. *Derecho de la negociación colectiva*, Buenos Aires:Rubinzal-Culzione Editores, 2008.

BALERA, Wagner, *Valor Social do Trabalho*, Revista LTr, n.58.

BARROSO, Luiz Roberto, *Interpretação Constitucional Aplicada da Constituição*, São Paulo:Saraiva, 1998.

BAYLLOS, Baylos e **REY**, Joaquín Péres, in *El despido o la violencia del poder privado*, Madri;Editorial Trotta, 2009.

BOBBIO, Norberto.. *Teoria do ordenamento jurídico*, 7ª ed,1996, UnB.

BONAVIDES, Paulo, *Direito Constitucional* - 1998.

CARDEAL WYSZINKI, *Primaz da Polônia, O Espírito do trabalho*, 1959

COMPARATO, Fabio Konder, *Empresa e função social*.São Paulo: RT- ano 85, n. 732, out. 1996.

DA SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição Federal* - 2005, São Paulo: Malheiros.

DWORKIN, Rolando, *Levando o direito a sério*- Tradução de Nelson Boein, Martins Fontes – 2002.

ESPADA, Cinthia Bosco da Fonseca, *Dignidade Humana da Pessoa Trabalhadora: A Tutela dos Direitos Fundamentais no Marco do Direito do Trabalho* - Ameruso Artes Gráficas-2007.

FILHO, Hélio Capel,. *Função social da microempresa*- Revista *Jus Vigilantibus*, julho de 2004

FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo;Malheiros.2006.

GOMES, Orlando. LTR, ano 38, janeiro de 1974.

LEITÃO, Luiz Manuel Teles de Menezes, *Direito do Trabalho*, Lisboa:Edições Almedina, 2008.

LEITE, Celso Barroso.*Revista de Previdência Social*, LTr, n. 159.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Revista LTr. 73-01/9-73-01/25, janeiro de 2009.

PANCOTTI, José Antonio. *Princípio da inafastabilidade da jurisdição e controle da discricionariedade administrativa*, 2008- LTr

PANCOTTI, Luiz Gustavo B. Pancotti, *Conflitos de princípios constitucionais na tutela de benefício previdenciários*. São Paulo:LTr, junho, 2009.

PEREIRA, Milton Luiz, *Amicus Curiae –Interegvenção de terceiros*. Revista Brasília, a. 39, n. 156 out/dez 2002

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, São Paulo:Saraiva, 2005. B

RUSSOMANO, Mozart Victor, *Comentários à CLT*, Rio de Janeiro:Forense, 1990.

SILVA, José Afonso, *Comentário contextual à Constituição Federal* - 2005, São Paulo: Malheiros.

SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Instituições de direito do trabalho* 12. ed., São Paulo: Ltr,

1991.

TORRES, Ferdinand. *Desarrollo da cuestión social*, tradução de Manuel Reventós, Labor:Barcelona, 1993.