

de direito do trabalho, a respeito de aspectos relativos ao contrato de trabalho, bem como de aspectos relativos à legislação trabalhista, bem como de aspectos relativos à legislação previdenciária.

AS DIVERSAS FORMAS DE DESCONSTITUIÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO NA FRANÇA E A PROTEÇÃO CONTRA A DISPENSA ABUSIVA

IVANI MARTINS FERREIRA GIULIANI(*)

INTRODUÇÃO

No Brasil são utilizadas diversas denominações tanto na doutrina como na jurisprudência para a desconstituição do contrato de trabalho, matéria esta já bem abordada em diversas obras, entre as quais o artigo denominado "Terminação da Relação de Emprego", de *Cristiano Carrilho S. de Medeiros*,⁽¹⁾ lembrando este, ainda, as suas diversas formas: por iniciativa do empregado, do empregador, de ambos conjuntamente, e as que não tem como base a iniciativa das partes, ou seja, as decorrentes de força maior, *factum principes*, terminação judicial, morte e extinção da empresa.

Igualmente, no direito francês, além da cessação do contrato de trabalho decorrente do seu término (prazo determinado), há, também, a ruptura do contrato de trabalho a prazo indeterminado pela iniciativa do trabalhador (demissão), pela iniciativa do empregador (dispensa), e, ainda, pela saída negociada (iniciativa de ambas as partes).⁽²⁾

A idéia da proteção contra despedida arbitrária e injustificada foi consagrada no art. 7º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil, que estipula ser direito dos trabalhadores urbanos e rurais a "*relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.*"

Leonardo Vieira Wandeli,⁽³⁾ com bastante propriedade, lembra que

"As relações de trabalho no Brasil vêm sendo caracterizadas pelo elevado índice de rotatividade no emprego. Com a introdução do regi-

(*) Juíza Titular de Vara aposentada do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

(1) "Terminação da relação de emprego", publicado em www.juristaonline/arquivos/trabalhista/terminacao.htm.

(2) Direito do trabalho: o pedido de demissão e a despedida explicadas por Me CARINE DURRIEU-DIEBOLT, na SOS-NET servidor de auxílio jurídico gratuito. <http://sos-net.eu.org/travail/index.htm>

(3) "Despedida Ausiva", LTr, 23004, p. 15.

me do FGTS, em 1966, substituindo a indenização por tempo de serviço e a estabilidade decenal, esse índice aumentou, atingindo a mais alta taxa da América Latina e uma das maiores do mundo.”

Claudio Armando Couce de Menezes,⁽⁴⁾ por seu turno, analisando a “proteção ao contrato de emprego”, escreve que

“... não há qualquer limitação à despedida coletiva (ao contrário do que se dá em diversos países), ao encerramento sumário e total das atividades das empresas, causador do desemprego em massa, e à dispensa sumária do obreiro, resultante de mero capricho do empregador.”

A Convenção 158 da OIT — que chegou a ser ratificada pelo Congresso Nacional através do Decreto-legislativo n. 68, de 16 de setembro de 1992 e promulgada em 10 de abril de 1996, sendo pouco depois denunciada pelo governo brasileiro, através do Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996 — estabelece, em seu art. 4º, que “*Não se porá fim à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isto causa justificada relacionada com sua capacidade ou sua conduta, ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço*”, estabelecendo, assim, regras que dificultam o exercício do direito potestativo do empregador de rescindir o contrato de trabalho sem justa causa ou de forma arbitrária.

Prevê, ainda, em seu art. 9º, a inversão do ônus da prova, passando para o empregador o ônus de comprovar a existência de um motivo válido para a dispensa, o que, por sinal, também ocorre no direito francês, como aponta *Claudio Armando Couce de Menezes*,⁽⁵⁾

“E por falar em processo, cabe destacar, outrossim, que o direito francês traz para o ombro do empregador aquilo que lá é denominado “risque de la preuve” que nada mais é que a aplicação do princípio do “*in dubio pro operario*”. Com efeito, dispõe o artigo o art. 122-14-3 que se alguma dúvida subsiste sobre a seriedade e existência da causa, ela beneficiará o empregado.”

Analisando a Convenção 158, da OIT, *Arnaldo Sussekind*,⁽⁶⁾ com a sua autoridade, assevera que

“... a previsão da “indenização adequada”, tal como a “indenização compensatória” do art. 7, I, da Constituição brasileira, exclui, se adotada pela legislação nacional, a reintegração do trabalhador como fórmula de reparação da despedida injustificada ou arbitrária. Daí a com-

(4) “Artigo “Proteção ao contrato de trabalho e ao emprego no Brasil”, in *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, ano 68 — n. 1 — janeiro a março de 2002, p.155.

(5) Artigo citado, in *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Ano 68 — n. 1 — janeiro a março de 2002 p. 158.

(6) “A compatibilidade entre a Convenção OIT-158 e a Constituição Brasileira”, in *Revista LTr*, vol. 60, n. 3, março de 1996.

pleta sintonia entre os dispositivos examinados da Convenção e a Lex Fundamentalis do nosso país (que):

- a) extinguiu o direito de estabilidade no emprego, antes adquirida com caráter geral, após dez anos de serviços (art. 7º, I);
- b) previu casos especiais de estabilidade provisória, com direito à reintegração (*art. 8º, VIII, e art. 10, II, ADCT);
- c) estendeu a todos os empregados o regime do FGTS, com acréscimo, de indenização por despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, III e art. 10, I, ADCT)".

No mesmo sentido se manifesta *Arion Sayão Romita*,⁽⁷⁾ ao se referir à estabilidade:

"A constituição não deu guarida à estabilidade como regra geral. Preferiu adotar medidas que, sem proibirem a despedida arbitrária, apenas a dificultam. Prevê o aviso prévio (art. 7º, XXI), a indenização (art. 10º, I, das disposições constitucionais transitórias) e a contribuição adicional para o financiamento do seguro-desemprego (art. 239, § 4º)".

Diante da tendência que vem se verificando na doutrina acerca da inconstitucionalidade da denúncia da Convenção 158 da OIT, com cujo entendimento comungo, como exporei adiante, e diante da similitude de suas normas com as normas de proteção contra a dispensa no direito francês, cuidarei de examinar as formas de dispensa nele prevista, com o intuito de trazer uma contribuição no estudo da dispensa arbitrária, além de fazer uma proposta — ao final — de aplicação do direito comparado nesta matéria.

As diversas formas de dispensa na França

O direito francês não se refere, de modo específico, à dispensa arbitrária, como mencionada no art. 7º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo certo, porém, que a partir da Lei de 13 de julho de 1973, a dispensa deve ser **fundamentada**, seja em **um motivo pessoal** (que diga respeito à pessoa do empregado,) seja por **motivos econômicos** (motivos estranhos à pessoa do empregado).

De qualquer modo, **o empregador não pode dispensar um empregado sem motivo real e sério**, sob pena de ser a dispensa considerada **abusiva** e, neste caso, terá o empregador que pagar ao empregado uma indenização compensatória elevada.⁽⁸⁾

(7) Obra citada, in Revista LTr, vol. 53, n. 4, abril de 1989, p. 401.

(8) Droit du travail: si vous êtes titulaire d'un CDI: la démission expliquée par Me CARINE DURRIEU-DIEBOLT, na SOS-NET servidor de auxílio jurídico gratuito <http://sos-net.eu.org/travail/cdi2.htm>

Como salienta, ainda, *Claudio Armando Couce de Menezes*,⁽⁹⁾:

"O licenciement pode ser individual, coletivo, por motivo pessoal ou econômico. O coletivo é aquele que envolve diversas pessoas por motivo econômico. Já o licenciement individual pode ser originário de um motivo pessoal ou econômico."

A dispensa por motivo pessoal

a) O motivo real e sério

Como mencionado, na França a dispensa deve ser fundamentada em um motivo real e sério, nos termos da Lei de 13 de julho de 1973 (n. 73-680 de 13 de julho de 1973, art. 3, Journal Officiel de 18 de julho de 1973), não fornecendo tal lei, porém, nenhuma definição da noção de "motivo real e sério", sendo tal definição fixada pela jurisprudência da Corte de Cassação.

O motivo é **real** se os fatos censurados do trabalhador são exatos, verdadeiros, precisos e objetivos.

O motivo **sério** é aquele que torna impossível a continuidade da relação de trabalho, a não ser com prejuízos para a empresa.

Pode ocorrer a dispensa na ausência de falta, pois o motivo real e sério não implica necessariamente em um falta da parte do trabalhador.

Extrai-se da jurisprudência alguns exemplos de **motivos reais e sérios**:⁽¹⁰⁾

— Recusa de uma mudança justificada pelo interesse do serviço (Corte de Cassação, Câmara Social, 14 de maio de 1987, n. 84 — 45.307).

— Insuficiência dos resultados (Corte de Cassação, Câmara Social, 27 de março de 1985, n. 83 — 40.690).

— Inaptidão para o trabalho (Corte de Cassação, Câmara Social, 25 de fevereiro de 1985, n. 84 — 40.446).

— Abstenção voluntária do trabalhador em aprender um novo método de trabalho, diante daqueles que se tornaram inaptos às novas condições de trabalho impostas pela clientela da empresa (Corte de Cassação, Câmara Social, 22 de outubro de 1991, n. 90 — 43.412).

— Recusa do trabalhador em seguir as instruções do empregador (Corte de Cassação, Câmara Social, 7 de novembro de 1984, n. 82 — 42.220).

— Alteração com o empregador (Corte de Cassação, Câmara Social, 24 de outubro de 1991, n. 90 — 41.856).

(9) Artigo "Proteção ao contrato de trabalho e ao emprego no Brasil", in Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Ano 68 — n. 1 — janeiro a março de 2002

(10) Droit du travail: si vous êtes titulaire d'un CDI: la démission expliquée par Me CARINÉ DURRIEU-DIEBOLT, na SOS-NET servidor de auxílio jurídico gratuito <http://sos-net.eu.org/travail/cdi2.htm#3>

Exemplos de inexistência de motivo real e sério:⁽¹¹⁾

— A perda de confiança alegada pelo empregador não constitui em si um motivo de dispensa (Corte de Cassação, Câmara Social, 29 de novembro de 1990, n. 87 — 40.184).

— As dificuldades de relacionamento não constituem um motivo real e sério (Corte de Cassação, Câmara Social, 25 de junho de 1997, n. 95 — 42.451).

— O empregador não pode dispensar por motivo relacionado à vida privada do trabalhador, se o seu comportamento originou-se do tipo de trabalho exercido, causando-lhe um distúrbio (Corte de Cassação, Câmara Social, 22 de janeiro de 1992, n. 90 — 42.517).

b) A dispensa por falta grave:

Também não existe uma definição legal de falta grave, fornecendo a jurisprudência a sua noção. Na apreciação caso a caso e de acordo com as circunstâncias, os juízes decidem se há ou não falta grave, que torna impossível a continuidade do contrato de trabalho.

A dispensa por falta grave gera somente o pagamento da indenização das férias remuneradas, perdendo o empregado o direito ao aviso prévio e à indenização de dispensa.

Exemplos de falta grave:⁽¹²⁾

— Atos de indisciplina reiterados e deliberados (Corte de Cassação, Câmara Social, 8 de junho de 1979, n. 78 — 40.757).

— Recusa reiterada de executar um trabalho relevante, inserido nas obrigações do trabalhador (Corte de Cassação, Câmara Social, 1º de dezembro de 1982, n. 80 — 41.593).

— Violência exercida em horário e no local de trabalho (Corte de Cassação, Câmara Social, 21 de outubro de 1987, n. 85 — 40.413).

— Estado de embriaguez de um trabalhador que trabalha com máquinas perigosas e coloca em perigo sua segurança e a dos outros (Corte de Cassação, Câmara Social, 21 de julho de 1981, n. 79 — 42.077).

— Crítica à direção da sociedade prejudicando a empresa (Corte de Cassação, Câmara Social, 13 de julho de 1989, n. 89 — 43.373).

— Desvio de clientela pelo trabalhador, em seu proveito. (Corte de Cassação, Câmara Social, 24 de janeiro de 1991, n. 89 — 42.163).

(11) *Idem*.

(12) *Idem*, em <http://sos-net.eu.org/travail/4>

c) A dispensa por falta gravíssima

Como no motivo real e sério e na falta grave, não existe uma definição legal da falta gravíssima, fixando a jurisprudência os critérios para sua apuração.

A falta gravíssima é a que acarreta as sanções mais duras para o trabalhador, posto que ele perde seu direito ao aviso prévio, às suas indenizações de dispensa e à indenização das férias remuneradas, pois tal falta supõe a intenção de lesar o empregador, que deverá apenas entregar ao empregado os documentos obrigatórios de final de contrato.

Os exemplos de falta gravíssima são raros:⁽¹³⁾

— O fato de um trabalhador ter procurado enganar seu empregador ao declarar como acidente do trabalho um acidente ocorrido na sua vida privada (Corte de Cassação, Câmara Social, 12 de março de 1992, FOROO).

— Roubo de material ou desvio de uma parte da receita em proveito do trabalhador.

d) A dispensa irregular e /ou abusiva.

A dispensa irregular distingue-se da dispensa abusiva, ocorrendo a primeira quando **não há motivo "real e sério"** (art. L. 122 — 14 — 4 do Código do trabalho); é aquela dispensa procedida pelo empregador sem razão legítima em relação à pessoa do trabalhador.

O empregado beneficia-se dos **mesmos direitos devidos nos casos de dispensa por causa real e séria**: aviso prévio, indenização de dispensa e indenização das férias remuneradas.

— No caso dos **trabalhadores que contam com menos de dois anos de serviço** quando da dispensa e para os trabalhadores empregados em **empresas que possuem mais de 10 trabalhadores**, o Tribunal pode propor a reintegração do empregado na empresa, com todas as vantagens adquiridas. Se uma das partes recusar, a reintegração torna-se impossível, deferindo o Tribunal ao empregado uma indenização que não pode ser inferior aos salários dos seis últimos meses (art. L. 122 — 14 — 4, alínea 1, e L. 122-14 — 5 do Código do Trabalho), entendendo a jurisprudência, outrossim, que esta indenização é um mínimo que o empregado pode pretender, podendo obter vantagens maiores, se justificar um prejuízo superior ao mínimo estabelecido em lei.

Os demais trabalhadores dispensados abusivamente podem postular uma indenização calculada em função do prejuízo que sofreram (art. L. 122 — 14 — 5 do Código do Trabalho). A prova do prejuízo a eles incumbe.

(13) *Idem*, em <http://sos-net.eu.org/travail/5>

Outrossim, o Tribunal pode ordenar o reembolso, pelo empregador, a todos os organismos de todas ou parte das indenizações de desemprego pagas ao trabalhador dispensado, do dia de sua dispensa até o dia do julgamento pelo Tribunal, dentro do limite de seis meses de indenização de desemprego por empregado (art. L. 122 — 14 — 4, alínea 2 do Código do Trabalho).

A **dispensa irregular** é aquela que ocorre sem observância ao procedimento necessário, porém por um motivo “real e sério” (art. L. 122 — 14 — 4 do Código do trabalho). Por exemplo: ausência de convocação para uma entrevista prévia dentro das condições do art. L. 122 — 41 (Corte de Cassação, Câmara Social, 26 de maio de 1993, n. 88 — 42.314).

e) A dispensa por inaptidão psíquica não profissional.

A *inaptidão psíquica não profissional* deve necessariamente ser constatada pelo médico do trabalho. A inaptidão definitiva de um empregado para exercer seu cargo deve ser constatada por dois exames médicos e realizados no espaço de duas semanas (art. R. 241 — 51 — 1 do Código do trabalho).

O empregador deve *reclassificar* o empregado, levando em conta as posturas e indicações do médico do trabalho (art. L. 122 — 24 — 4 do Código do trabalho). É do empregador a iniciativa da pesquisa do cargo de *reclassificação*, mesmo que o empregado não manifeste o desejo de retornar ao trabalho.

Quando a proposta de reclassificação importar em modificação do contrato de trabalho, o empregado pode recusar a *reclassificação* proposta, não constituindo tal recusa uma falta, mesmo que esta não importe modificação do contrato de trabalho.

O empregador pode, então, formular novas propostas de reclassificação, ou proceder à dispensa, por impossibilidade de reclassificação (Corte de Cassação, Câmara Social, 9 de abril de 2002, BCV n.122). O empregador deve esclarecer na carta de dispensa a incapacidade do empregado e detalhar a impossibilidade de encontrar um cargo compatível com seu estado de saúde.

O empregado tem direito a uma indenização legal ou convencional de dispensa, uma indenização compensatória de férias remuneradas e, se for o caso, o pagamento de indenização de não-concorrência. A indenização do aviso-prévio não será devida, se o empregado não estiver apto a retornar ao cargo ocupado anteriormente.

A dispensa por motivo econômico

O art. L. 321 — 1 do Código do trabalho prevê que

“ Constitui uma dispensa por motivo econômico a dispensa efetuada pelo empregador por um ou mais motivos não relacionados à pessoa

do trabalhador resultante de uma supressão ou transformação do emprego ou de uma modificação substancial do contrato de trabalho, seguidas, notadamente, de dificuldades econômicas ou mudanças tecnológicas.”

Quando há um conflito sobre a natureza econômica do motivo da dispensa, os julgadores examinam se a dispensa decorre, efetivamente, por motivo econômico, ou se ocorre apenas para dispensar um trabalhador sem motivo real e sério, esclarecendo a jurisprudência, também, a noção de dispensa por motivo econômico.

Exemplos de ausência de motivo econômico para a dispensa:⁽¹⁴⁾

— Custo elevado do trabalho de um trabalhador e situação financeira da empresa lhe permitem assegurar os encargos (Corte de Cassação, Câmara Social, 16 de março de 1994, n. 92 — 43.094).

— Obrigação de adaptação dos trabalhadores à evolução de seus empregos, modificação substancial do contrato, concordância do trabalhador para uma formação de curta duração e, recusa do empregador (Corte de Cassação, Câmara Social, 19 de outubro de 1994, n. 92 — 41.583).

Exemplos de motivo econômico para a dispensa:⁽¹⁵⁾

— Dificuldades econômicas, recusa do trabalhador de proposta de redução de horário. (Corte de Cassação, Câmara Social, 10 de março de 1993, n. 91 — 41129 668).

— Mudanças tecnológicas, informatização, tentativa de remanejamento e inadaptação de um trabalhador (Corte de Cassação, Câmara Social, 7 de outubro de 1992, n. 89 — 45.503).

— Supressão de empregos, mudança, fechamento de um estabelecimento, e exercício da atividade em outros lugares (Corte de Cassação, Câmara Social, 5 de abril de 1995, n. 93 — 42.690).

Na dispensa por motivo econômico, o empregador deve enviar ao empregado que conte com pelo menos dois anos de trabalho, uma informação escrita sobre a possibilidade de aderir a uma **convenção de conversão**, dispondo o empregado de um prazo de vinte e um dias para aceitar ou recusar esta convenção.

Como aponta *Leonardo Toledo de Resende*,⁽¹⁶⁾

“A convenção permite ao assalariado uma formação profissional de conversão durante o lapso temporal máximo de seis meses, período

(14) *Idem*, em <http://sos-net.eu.org/travali/cdi2.htm#7>

(15) *Idem, ibidem*.

(16) Artigo citado, p. 111.

durante o qual ele receberá uma alocação específica com a manutenção total da sua cobertura social. Por outro lado, para estimular o empregador, **um incentivo financeiro e fiscal é previsto na hipótese de contratação dos assalariados beneficiários da verba acima mencionada (grifos meus).**"

No caso de contestação da dispensa, pelo empregado, o juiz verifica se o motivo econômico invocado pelo empregador é verdadeiro e se o procedimento foi devidamente respeitado, e na sua falta, poderá o juiz decidir que se trata de uma dispensa abusiva ou irregular, sendo aplicáveis as respectivas sanções.

Além disso, o empregador pode incorrer em sanções no caso, por exemplo, de ausência de processo de eleições dos representantes de pessoal (novo art. L 321-2-1 do Código do trabalho).

As conseqüências da dispensa para o empregado e para o empregador

Os direitos e obrigações do empregado e do empregador variam conforme os diferentes tipos de dispensa.

Na dispensa por motivo pessoal e na dispensa por causa real e séria o empregado se beneficia dos direitos seguintes: aviso-prévio, indenização de dispensa, indenização das férias remuneradas e documentos de final de contrato.

O **aviso-prévio** é devido pelo empregado e pelo empregador, com a diferença de que no caso do pedido de **demissão**, diferentemente da dispensa, a lei não prevê uma duração mínima, resultando seu prazo da convenção coletiva, do acordo da categoria, dos usos praticados na localidade ou na profissão, ou do contrato de trabalho, variando de alguns dias a dois ou três meses.

No caso de **dispensa**, a lei fixa uma duração mínima a ser respeitada, de acordo com a tempo de serviço do empregado na empresa (art. 122 — 6 do Código do trabalho):

- Menos de seis meses de tempo de serviço: segundo a convenção coletiva em que os usos forem omissos.
- Tempo de serviço de 6 meses a menos de 2 anos: prazo mínimo de um mês de aviso prévio
- Tempo de serviço de 2 anos e mais: prazo mínimo de dois meses de pré-aviso.

A convenção coletiva, o acordo coletivo da categoria ou de empresa, o contrato de trabalho ou os usos de cada profissão (ou categoria profissional) podem prever disposições mais favoráveis ao empregado, as quais serão plenamente aplicáveis.

A indenização compensatória do aviso-prévio não pode ser reduzida pelo fato de que o empregado encontrou novo emprego durante o curso do aviso-prévio (Corte de Cassação, Câmara Social, 27 de novembro de 1991).

Durante o período de pré-aviso, o contrato de trabalho se executa nas mesmas condições e mediante a mesma remuneração anteriores, nada se alterando, exceto o direito do empregado de ausentar-se por algumas horas, para procurar novo emprego durante o curso do pré-aviso, sendo que em geral, o empregado é beneficiado com duas horas diárias, salvo convenção coletiva ou usos contrários.

As convenções coletivas ou os usos prevêm geralmente a possibilidade de reagrupar estas horas no curso ou ao fim do aviso-prévio com a concordância do empregador.

O aviso-prévio não é suspenso pelo descanso remunerado, pelo impedimento ao trabalho seguido a um acidente de trabalho ou pela licença maternidade. O impedimento ao trabalho por motivo de doença também não suspende o pré-aviso.

No caso de **falta grave do empregado no curso do aviso prévio**, poderá ser o mesmo despedido imediatamente, sem direito a indenização compensatória.

No caso de **falta grave do empregador**, o empregado poderá deixar o serviço imediatamente, conservando seu direito às suas indenizações.

Nos dois casos, em havendo contestação na justiça, compete à parte que alega a falta grave o ônus da prova de suas alegações.

A **indenização de dispensa** é devida nos casos de dispensa por causa real e séria, dispensa econômica e dispensa abusiva, no **contrato de trabalho por tempo indeterminado** e que contar com **2 anos de serviço ininterruptos a serviço do mesmo empregador** (art. L. 122 — 9 do Código do Trabalho).

Nos casos de dispensa por falta grave ou por falta gravíssima, demissão, e do empregado com menos de dois anos de serviço, não há previsão de indenização de dispensa, sendo que em todas essas hipóteses, porém, a convenção coletiva ou o contrato pode assegurar condições mais vantajosas para o empregado, aplicando-se a este, neste caso, as disposições mais favoráveis.

A indenização de dispensa é calculada à razão de 1/10 do mês por ano de serviço, mais 1/15 do mês por ano de serviço até 10 anos de serviço.

O salário que serve de base de cálculo para a indenização é o salário médio dos três últimos meses de trabalho efetivo precedentes à dispensa.

Este montante é um mínimo legal, pois o contrato de trabalho ou a convenção coletiva podem prever indenizações maiores.

Por outro lado, esta indenização não possui natureza salarial, mas, sim, indenizatória (perdas e danos), e, por conseqüência, não incidem as contribuições sociais, os impostos e taxas sobre a renda.

Até a lei de modernização social de 17 de janeiro de 2002, o montante da indenização de dispensa não variava conforme o motivo da dispensa, passando o art. L. 113 da lei nova a operar daí por diante uma distinção, indicando que a taxa da indenização será diferenciada, conforme o motivo da dispensa, se é econômica ou não, sendo fixada a dobra da indenização legal de dispensa econômica pela via regulamentar, à base de 1/10 à 1/5 do mês de salário por ano de serviço.

As indenizações das férias remuneradas são devidas ao empregado no caso de demissão ou de dispensa (exceto na dispensa por falta gravíssima).

Elas são devidas se o empregado não cumpriu todas as férias remuneradas a que tem direito, ou seja, dois dias e meio por mês de trabalho durante o período entre 1 junho e 31 de maio.

O empregado pode escolher entre dois modos de cálculo, aquele que lhe for mais favorável :

1º) será de 1/10 do salário ganho a contar de 1 junho passado até a saída do empregado da empresa.

2º) será o salário correspondente ao número de dias de férias remuneradas que restam devidas, no salário-hora do mês de dezembro (por exemplo : se o empregado tem direito a vinte dias de férias, ele terá direito a vinte dias do salário correspondente).

Os **documentos de final de contrato** são: o certificado de trabalho e atestado **ASSEDIC**, podendo haver, também, um recibo de quitação geral, sendo este último facultativo.

O art. L. 122 — 16 do Código do trabalho obriga o empregador a entregar um certificado de trabalho ao empregado na ruptura de seu contrato, o qual deve conter certas menções obrigatórias: a data de entrada e de saída do empregado, a natureza do trabalho ocupado, ou, se for o caso, os cargos sucessivamente ocupados e os períodos correspondentes.

Certas menções facultativas podem ser acrescentadas. Por exemplo: "livre de todos os compromissos"; esta menção constata apenas o final das relações contratuais.

Certas menções são vedadas, tais como as menções discriminatórias ou suscetíveis de causar prejuízo ao empregado. O empregado poderá exigir, neste caso, um certificado de trabalho que se resuma aquelas menções obrigatórias.

Se o empregador se recusar a entregar o atestado **ASSEDIC** ao empregado, este pode requerer as perdas e danos (Corte de Cassação, Câmara Social, 19 de fevereiro de 1992).

A lei de modernização social de 17 de janeiro de 2002 (Lei n. 2002-73, de 17 de janeiro de 2002; art. 187, Journal Officiel de 18 de janeiro de 2002) modificou profundamente o alcance do recibo de quitação geral. Daí por diante, "*quando um recibo de quitação geral é entregue e assinado pelo empregado ao empregador por ocasião da rescisão ou da expiração de seu contrato, ele terá o valor de um simples recibo das quantias que ali figuram.*" (art. L. 122 — 17 modificou do Código do trabalho) (grifos meus).

Anteriormente, o recibo de quitação geral tinha um efeito liberatório de todos os elementos da remuneração que ali estavam mencionados e o empregado dispunha de um prazo de dois meses para contestá-lo, e no silêncio, tal recibo tornava-se definitivo e o empregado não poderia mais contestar o montante das quantias indicadas no recibo.

Esta nova disposição passou a limitar a valor jurídico do recibo de quitação geral — que passou a ser um simples documento facultativo, sem efeito liberatório para o empregador e os efeitos jurídicos deste documento são restritos a de um simples recibo das quantias que ali figuram expressamente —, bem como suprimiu o prazo de preclusão de dois meses até então fixado para a denúncia deste documento.

Se o empregador se recusar a entregar o atestado **ASSEDIC**, o empregado pode solicitar à inspeção do trabalho e ao **ASSEDIC** que faça uma vistoria no empregador. O empregador dispõe de um prazo de quinze dias para enviar o atestado **ASSEDIC**, sob pena de incorrer na pena de multa de 5ª classe (10.000 francos, no máximo). O empregado pode, igualmente, solicitar ao conselho de prud'hommes competente a entrega deste documento, sob astreintes de uma soma em dinheiro por dia de atraso.

A aplicabilidade imediata no Brasil da proteção constitucional contra a dispensa arbitrária

A proteção contra a dispensa arbitrária já encontra-se expressamente prevista no inciso I do art. 7º da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo que a "lei complementar" ali mencionada apenas regulará as sanções aplicáveis no caso de descumprimento daquela proteção, tendo aquele dispositivo aplicação imediata, nos termos do § 1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, "*in verbis*"

§ 1º — As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Neste sentido o entendimento de *Octávio Bueno Magano*:⁽¹⁷⁾

“Quer isso dizer que a lei complementar não deverá surgir para tornar exequível os conceitos de despedida arbitrária com ou sem justa, mas tão somente a fim de regular a indenização compensatória, no caso de a rescisão contratual verificar-se sem observância das limitações constitucionais.”

José Afonso da Silva⁽¹⁸⁾ também se manifesta no mesmo sentido da aplicabilidade imediata da referida garantia constitucional, entendendo, porém, que a lei complementar “apenas virá determinar os limites dessa aplicabilidade, com a definição dos elementos (despedida abusiva e justa causa) que manifestem sua eficácia, inclusive possível conversão em indenização compensatória de garantia de permanência no emprego.”

Entendo, contudo, que a definição de dispensa arbitrária já encontra-se fixada na legislação ordinária, ou seja, no art. 165 da CLT:

Art. 165 — Os titulares da representação dos empregados nas CIPA(s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Tal dispositivo pode e deve ser aplicado em relação a todos os trabalhadores, protegidos que estão *contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa*.

Nesta linha de raciocínio, conclui-se que a Convenção 158 da OIT é plenamente compatível com a nossa Constituição, como já sustentado por diversos autores, sendo a mesma aplicável, ainda, nos termos do § 2º do art. 5º:

§ 2º — Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a república federativa do Brasil seja parte.

Constitui-se, ainda, verdadeira *lei nacional*, como escreve *Arnaldo Sussekind*:⁽¹⁹⁾

“a) as convenções adotadas pela Conferência devem ser submetidas, obrigatoriamente, ao Congresso Nacional para que sejam ou não aprovadas; transformando-se, na hipótese afirmativa, depois de depositado o instrumento de ratificação e quando vigente no âmbito internacional, em verdadeira lei nacional;”

(17) “Proteção da relação empregatícia”, in *Revista da LTr*, vol. 52, n.11, novembro de 1988, p. 311.

(18) Obra citada, p. 281.

(19) “Instituições de Direito do Trabalho”, 11ª edição, 1991, LTr, vol. 2, p. 1277.

Resta-me apenas fazer coro com aqueles que entendem ser inconstitucional a denúncia da Convenção 158 da OIT, entre eles o juiz do trabalho *Jorge Luiz Souto Maior*,⁽²⁰⁾ em face do princípio fundamental do *direito ao trabalho* constante do inciso IV do art. 1º da Constituição Federal em face da competência privativa ou exclusiva do Congresso Nacional (art. 49), para “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”

Proponho, por fim, que os magistrados do trabalho façam um esforço no sentido de coibir a dispensa arbitrária no país, mediante a aplicação não apenas do disposto no art. 165 da CLT e no art. 4º da Convenção 158 da OIT, mas, também, das normas de direito comparado mais favoráveis ao trabalhador que dificultam a prática abusiva da denúncia vazia do contrato de trabalho, estando a aplicação daqueles e destas plenamente autorizado pelo art. 8º daquele estatuto consolidado, *in verbis*:

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.”

Tal esforço, ainda, decorre, necessariamente, de seu dever de fazer cumprir as leis e a Constituição do país, notadamente os seus princípios fundamentais da *cidadania, da dignidade da pessoa humana, e dos valores sociais do trabalho*, estabelecidos nos incisos II, III, e IV do art. 1º, contribuindo a magistratura do trabalho para que o país possa, verdadeiramente, construir “*uma sociedade livre, justa e solidária*”, o que foi estabelecido no art. 3º como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

BIBLIOGRAFIA

BITTENCOURT SANTOS, Hélio Antonio. “Proibição de despedida arbitrária”, *in* “*Síntese Trabalhista*”, ano XII, n. 142, abril de 2001.

CARRILHO S. DE MEDEIROS, Cristiano. “Terminação da relação de emprego”, publicado em www.juristaonline/arquivos/trabalhista/terminacao.htm.

CASTRO, Patrícia de e COLLIER, Coeli. “Ainda a Convenção 158 e sua possível repercussão no ordenamento constitucional de 1988”, *in* *Revista de Direito Constitucional e Internacional* n. 33, Revista dos Tribunais.

(20) Tese apresentada no XII Conamat, “Aplicabilidade do Art. 7º, I, da CF/88 e da Convenção 158, DA OIT”, Campos do Jordão, 2004.

COUCE DE MENEZES, Claudio Armando. "Proteção ao contrato de trabalho e ao emprego no Brasil", in *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, ano 68, n. 1, janeiro a março de 2002.

DINIZ DE FREITAS, Rogério. "Direito de dispensa não deve ser absoluto", in *Boletim Carta Maior*, de 3.12.2002.

GERALDES DE OLIVEIRA LIMA, Júlio. "Despedida arbitrária", in *Jornal trabalhista Consulex* n. 840, p. 22.

MAGANO, Octavio Bueno. "Proteção da relação empregatícia", *Revista LTr*, vol. 52, n. 11, novembro de 1988.

MEDEIROS, Alexandre Alliprandino. "Despedida Abusiva", in *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região*, n. 7, 2002.

OLIVA BONESS, Maria das Graças. "O despedimento arbitrário e a Convenção 158 da OIT em face ao Direito Brasileiro", in *Revista de Direito Trabalhista*, ano 2, n. 10, outubro de 1996.

ROMITA, Arion Sayão. "Proteção contra a despedida arbitrária (garantia de emprego)", in *Revista LTr*, vol. 54, n. 4, abril de 1989.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 10ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Aplicabilidade do art. 7º, I, da CF/88 e da Convenção 158, da OIT*.

SÜSSEKIND, Arnaldo. "A compatibilidade entre a Convenção OIT-158 e a Constituição Brasileira", in *Revista LTr* 60, n. 03, março de 1996.

_____. "Instituições de Direito do Trabalho", 11ª ed., 1991, LTr, vol. 2.

TOLEDO DE REZENDE, Leonardo. "O acompanhamento da dispensa por motivo econômico no direito do trabalho francês", in *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, janeiro a junho de 2000.

TORRES TEIXEIRA, Sérgio. "Evolução no modelo brasileiro de proteção à relação de emprego — Proibição à despedida abusiva", in *Revista da Amatra da 6ª Região*, Recife, ano 1, n. 1, abril de 1997.

WANDELLI, Leonardo Vieira. "Despedida abusiva — o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade", São Paulo, LTr, 2004.