

A PROIBIÇÃO DA DESPEDIDA ARBITRÁRIA NAS LEGISLAÇÕES NACIONAIS: UMA PERSPECTIVA DE DIREITO COMPARADO*

Halton Cheadle**

Distintos convidados e demais pessoas nesta sala, é uma grande honra para mim estar aqui. O que quero lhes dizer, inicialmente, é que espero que vocês sediem a Copa do Mundo de vocês, como fizemos lá na África do Sul, e que nessa oportunidade, em 2014, vocês joguem um pouco melhor do que jogaram na África do Sul.

Falando agora da Convenção nº 158, que trata da despedida arbitrária, trata-se de uma convenção bastante controversa, tanto dentro da OIT quanto nos demais âmbitos mundiais. Vou começar lhes passando uma breve história da Convenção. Em seguida, passarei ao conteúdo da Convenção, de forma mais resumida possível. Logo após, farei uma análise comparativa, analisando comparativamente o que os outros países vêm fazendo em relação à proteção trabalhista. Finalmente, falarei rapidamente das controvérsias.

A história se inicia em 1963, quando a Organização Internacional do Trabalho adotou a Resolução nº 199, que era uma recomendação cujos eixos principais faziam parte da Convenção nº 158. As questões principais são as justificativas por trás de uma demissão, ou seja, quando acontece uma demissão é necessária uma justificativa referente à conduta, à capacidade ou ao que a OIT chama de requisitos operacionais do trabalhador. Trata-se das razões econômicas e tecnológicas por trás das demissões. Na maior parte dos países, isso é chamado de redundâncias, que foram causadas pelas mudanças estruturais da economia.

Em 1982, a OIT adotou a Convenção nº 158, que é justamente a que trato aqui, conjuntamente à Recomendação nº 166. Já houve trinta e quatro ratificações, uma denúncia, que, no caso, foi do Brasil. Em 1995, o Comitê de Especialistas conduziu um estudo sobre a despedida arbitrária e, como já foi

* *Texto traduzido sem revisão do autor.*

** *Membro da Comissão de Peritos da OIT; professor titular da Universidade da Cidade do Cabo.*

dito pelo meu colega, esses estudos gerais costumam conter a jurisprudência do Comitê e também uma análise comparativa do que vem sendo feito globalmente em relação a diferentes temas. Em 1995, o Comitê liberou essa pesquisa geral sobre a despedida arbitrária, que é um documento bastante importante por duas razões. A primeira delas é que esse documento demonstra que muitos países ainda não ratificaram a convenção, e isso se deve às suas cláusulas principais.

O fato de ser baseado em relatórios oferecidos por mais de cento e cinquenta países deixa claro nesse estudo, nessa pesquisa, que existe uma conformidade bastante abrangente com grande parte das cláusulas contidas na Convenção.

Segunda razão por que estou falando disso é que muitos Tribunais, em países que ainda não ratificaram a Convenção, veem este documento como uma das fontes jurídicas mais abrangentes referentes à questão da demissão.

E, agora, a última parte dessa visão histórica é a controvérsia. Vem havendo uma controvérsia sobre se a Convenção deve ser priorizada. Os trabalhadores querem priorizar essa Convenção, porque para eles é uma Convenção muito importante. Já os empregadores não compartilham dessa visão e acreditam que a Convenção deve passar por revisões expressivas. Então, eis a visão histórica dessa Convenção.

Passarei agora ao conteúdo, efetivamente, da Convenção.

Primeiramente, o âmbito dessa Convenção. Aplica-se a todos os setores da economia, tanto ao setor público quanto ao privado, e também determina uma lista de exclusões muito importante. Eu gostaria de enfatizar que, embora a Convenção seja vista como inflexível, muitas vezes, quando as pessoas dizem isso, pergunto-me: será que as pessoas, de fato, leram essa Convenção? Porque, ao analisar essa Convenção, vemos uma ampla gama de exclusões lá contidas, que contemplam uma aplicação bastante inflexível da Convenção.

Vou falar, rapidamente, sobre algumas dessas exclusões. Por exemplo, não se aplica a contrato de longo prazo e também a contratos probatórios. Não tem que aplicar. Não deve aplicar. Mas, lógico, cabe ao país decidir se vai ou não aplicar esse arcabouço a esses tipos de contrato. Cabe ao país decidir se irá aplicar essa Convenção em caso de contratos probatórios. Por exemplo, no Reino Unido, antes de uma pessoa poder receber proteção social, ela precisa estar empregada por, pelo menos, um ano. Antigamente, esse período costumava ser de dois anos. Então, existem períodos de qualificação. Existe um período mínimo para que a pessoa possa ter esse tipo de proteção. Não se aplica, por

exemplo, a contratações casuais e também a alguns tipos de contratantes, como, por exemplo, as pessoas que viajam, que trabalham com viagens marítimas, e outras questões referentes a outras partes, outras legislações.

Se se tomar, por exemplo, o caso dos magistrados, dos juízes, existem algumas regras específicas quanto à vigência e às categorias que não precisam se submeter a essa Convenção. São exclusões. Mais importante ainda é o que chamamos de problemas substanciais ou expressivos.

Em determinados cenários, há alguns problemas na própria aplicação da Convenção, inclusive isso se aplica a uma série de categorias, como, por exemplo, empreendimentos familiares, pessoas em posições supervisionais, aquelas pessoas que já se aposentaram e empregados domésticos. O comitê ainda não decidiu sobre essas questões, mas, de acordo com a pesquisa, parece que são posições ou situações trabalhistas em que há problemas na implementação da Convenção.

Vamos, então, ao que a Convenção faz: ela requer justificativas. Provavelmente, o que mais preocupa os empregadores é o fato de terem de justificar uma demissão. A Convenção diz que é permissível demitir por motivo válido relacionado à conduta, à capacidade ou ao trabalho do empregado. Esses são os motivos válidos para a demissão.

Eu gostaria que os senhores parassem e se perguntassem se isso está em desacordo com práticas de gestão aceitáveis em qualquer lugar do mundo. Será que o empregador estaria demitindo alguém arbitrariamente? Será que isso faria sentido, do ponto de vista comercial, financeiro, demitir alguém que teve uma conduta adequada, que teve um desempenho adequado? Não faz sentido demitir alguém que é capaz.

Naturalmente, em termos de requisitos operacionais, os empregadores relutantemente demitem pessoas capacitadas, mas fazem isso porque são forçados a fazer por motivos econômicos: por uma crise econômica ou por mudanças tecnológicas estruturais no local de trabalho.

Então, eu gostaria que os senhores considerassem, por um momento, que o que a convenção diz não é mais do que aquilo que é comercialmente, racionalmente uma boa decisão.

O segundo elemento, naturalmente, são os requisitos de procedimento. Diria que há dois requisitos principais de procedimentos: o primeiro é o empregador dar oportunidade ao empregado de responder às alegações de má conduta antes da demissão. Isso não quer dizer que os senhores devam dar razão a ele, mas, sim, dar ao empregado a oportunidade de se defender, de

responder às alegações de má conduta. O segundo diz respeito a consultas nos sindicatos: consultas efetivas, não acordos, apenas consultas antes da demissão dos empregados. O terceiro elemento, que eu diria que é um elemento-chave, é fazer um recurso a um tribunal independente para determinar se coube justificativa adequada. Ou seja, fazer-se um recurso a um tribunal.

Na África do Sul, um tribunal, em alguns casos, é uma corte. Há também um requisito para o aviso prévio. É preciso que o empregado receba aviso prévio no caso de demissão. Há exceções, casos de desvio de conduta grave ou quebra de contrato. Do contrário, é preciso que se dê oportunidade ao empregado de ter um período para conseguir outro emprego.

Venho de um país em que basicamente se considera um emprego como um caso de arrendamento. E, em um caso de terminar um arrendamento, dá-se um aviso prévio de que a pessoa vai vagar o imóvel. No caso de emprego, é assim que a coisa é vista no meu país: o contrato é estruturado dessa maneira. Novamente, acho que é surpreendente que isso traga à tona tanta controvérsia.

Finalmente, a proteção da renda. Vemos que, nessa questão de proteção da renda, deve haver uma compensação pela demissão. Mas, por outro lado, pode-se também ter o seguro desemprego, criado por fundos de empregados ou pelo Estado ou por ambos. Novamente, criamos diferentes mecanismos de proteção da renda que fariam uma distribuição da carga de uma maneira mais equitativa entre os empregadores e os empregados.

Isso é basicamente o que eu queria identificar. Acho que essas são as áreas mais controversas.

Examinando agora uma análise comparativa entre os países, se examinarmos a pesquisa feita nos anos 80, a Secretaria-Geral faz a pesquisa para preparar uma nova convenção e, nessa documentação, vê-se que existe ampla proteção social na legislação do mundo inteiro.

Na pesquisa básica, como eu disse, cento e dois países relataram a existência de ampla legislação de segurança ao trabalhador. Nem todos os países aplicam todas as provisões, mas, com certeza, a maior parte das principais provisões é aplicada. Neste momento, existe um processo de revisão interna na OIT, em que os sindicatos querem priorizar a convenção e os empregadores não querem improvisar em absoluto.

Acho que, nos anos 90, o secretariado identificou que há sessenta e oito países que requerem mudanças mínimas para conseguir cumprir a convenção. Então, começamos com trinta e três agora. Um país denunciou a convenção, acrescentamos sessenta e oito, agora temos quase cem. Isso inclui basicamente

quase todas as maiores economias do mundo. Nesse processo, vinte e oito países trouxeram problemas técnicos, e uma parte rejeitou a Convenção.

A OIT fez uma pesquisa em sessenta e cinco países e novamente a maioria cumpre os requisitos básicos da Convenção. Todos os países cumprem, pelo menos, alguns desses requisitos básicos. Pensando particularmente sobre a questão da justificativa, a pesquisa mostra que estamos lidando com sessenta e cinco países, dos quais somente cinco não requereram um motivo válido. Então, dos sessenta e cinco países pesquisados – a amostra é de países pelo mundo todo – cinquenta têm algum tipo de requisito de justificativa na sua legislação.

Novamente, como mencionei, a pesquisa geral foi usada por tribunais nacionais que não ratificaram a Convenção. Os nossos tribunais usam a pesquisa geral, do mesmo modo que usam várias outras pesquisas da OIT para desenvolver a nossa jurisprudência. Então, qual é a controvérsia final, se a maior parte dos países, de uma maneira ou outra, cumpre os requisitos básicos da convenção? Como é a sua prática? Quer-me parecer que há um argumento econômico no sentido de que a legislação de proteção laboral tem um impacto negativo sobre os custos do trabalho, sobre o emprego e sobre a produtividade. Esse é o principal argumento econômico contra a legislação de emprego.

Esses argumentos econômicos, além de várias pesquisas feitas, levaram ao desenvolvimento, por parte do Banco Mundial, de uma instância, em 1995, que argumentou que a desregulação dessa legislação, com a desregulação de outras legislações, levaria os países a melhorar a sua situação de emprego e de produtividade. Além disso, existe um relatório de emprego que quantifica o cumprimento dos países desses vários indicadores da Convenção. E qual é a resposta até agora? Com relação aos argumentos econômicos, os estudos costumam levar em consideração somente os custos, mas não os benefícios positivos da legislação de proteção e de emprego.

Resumindo, se examinarmos os benefícios, estes são a redução da desigualdade, da insegurança e do conflito social. Se examinarmos a legislação trabalhista em geral, caso o empregador não puder simplesmente substituir os empregados, irá escolhê-los melhor. E irá basicamente investir em treiná-los, caso o desempenho deles não esteja adequado. Isso significa que há benefícios que advêm desse tipo de legislação. Em segundo lugar, os economistas da área do trabalho concordam em que não existem evidências claras quanto a impactos negativos. Há estudos que dizem que há impactos negativos e outros dizem que não, em absoluto. Nesse sentido, ainda está para se verificar se, de fato, existem evidências sólidas de que a legislação de proteção laboral tem os efeitos alegados.

É possível que uma economia receba a melhor nota possível pela facilidade de emprego dos trabalhadores e na complementação das quatro Convenções, e nenhum país receberá uma nota melhor se deixar de cumprir com as quatro Convenções. Então, finalmente, a que isso leva? Quer-me parecer que, se examinarmos o fato pela perspectiva de hoje, a maior parte dos países desenvolvidos e em desenvolvimento, de fato, implementam a maior parte das profissões básicas da OIT. O argumento, então, não é conclusivo. Considerando as causas da crise global, que teve um impacto devastador nos empregos pelo mundo afora, não se justifica.

Finalmente, é preciso dizer que os argumentos contra os direitos sociais e a dignidade humana nunca foram completamente justificados. Permitam-me dizer que frequentemente me pergunto de onde vem a controvérsia, quando temos uma convenção que, de fato, procura equilibrar os requisitos de eficiência de emprego e os requisitos mínimos do empregador. Obrigado.