

9

Dispensa em massa e o julgamento do Recurso Extraordinário nº 999.435: parâmetros para a intervenção sindical prévia à luz da Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas

Igor Oliveira Costa

Analista Judiciário do TRT da 2ª Região - Assessor de Desembargador

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto a investigação científica acerca dos parâmetros para intervenção sindical prévia à dispensa em massa, em um estudo à luz da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. Embora a controvérsia sobre a necessidade de intervenção sindical tenha sido aparentemente superada com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 999.435, é imprescindível definir o alcance e traçar as balizas da atuação sindical. Ao final, serão apresentadas sugestões de pautas de negociação.

Palavras-chave: Dispensa em massa; Intervenção sindical; Recurso Extraordinário nº 999.435; Teoria discursiva do direito; Jürgen Habermas.

Introdução

O projeto brasileiro de redemocratização pós ditadura militar (Justiça de Transição), representado pela Constituição da República de 1988, elegeu alguns valores como pilares da ordem social e econômica, a exemplo da livre iniciativa, da valorização do trabalho humano e da função social da propriedade (art. 170, caput e inciso III, da CRFB).

Esses valores devem servir de bússola para a solução de todas as controvérsias instauradas no âmbito de relações comerciais e trabalhistas, tais quais as dispensas em massa. A reestruturação de empresas, ou até mesmo o encerramento das suas atividades, têm potencial de provocar sensível desequilíbrio social e econômico na região em que estão instaladas, especialmente quando a situação envolver cidades pequenas, cujas economias são dependentes do funcionamento das respectivas empresas. A cessação coletiva de contratos de trabalho tem o poder de desestruturar toda uma comunidade, gerando um inarredável ciclo de miséria e pobreza, situação que está em desconformidade com o objetivo da República de erradicar a pobreza e a marginalização (art. 3º, III, da CF), bem como está desalinhada do postulado da justiça social (art. 193, da CF).

Portanto, malgrado a previsão constante do art. 477-A, da CLT, o processo de rescisão coletiva de contratos de trabalho não pode ser analisado à luz das regras afetas às relações trabalhistas individuais, porquanto se tratam de situações ontologicamente diversas. Daí exsurge a necessidade de intervenção sindical prévia à dispensa em massa, com escopo de que seja instaurado um processo dialógico e democrático de busca por soluções para mitigar os efeitos irremediavelmente nefastos do encerramento concomitante de múltiplos contratos de emprego. A imperatividade desse procedimento prévio foi reconhecida pelo E. STF por ocasião do julgamento do recurso extraordinário nº 999.435, no qual restou fixada a seguinte tese:

“A intervenção sindical prévia é exigência procedimental imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores, que não se confunde com autorização prévia por parte da entidade sindical ou celebração de convenção ou acordo coletivo”

Uma vez pacificada a necessidade de intervenção sindical, surgem novas controvérsias, a exemplo da definição dos parâmetros para caracterização da dispensa em massa, bem como acerca do alcance e da delimitação das balizas da atuação sindical. É essencial estabelecer os contornos dos poderes e funções do sindicato na negociação, para que esse procedimento prévio não se torne simples regra formal estéril.

O presente estudo se propõe a debruçar-se sobre essas tormentosas lacunas com o propósito de contribuir academicamente para o avanço na construção de soluções para pacificação social, valendo-se da oportuna teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas.

Dispensa em massa

Em razão da denúncia da convenção 158 da OIT, bem como em virtude da interpretação dada pelo E. STF ao art 7, I, CF - no sentido de que se trata de norma de eficácia limitada -, vigora no direito brasileiro a possibilidade de denúncia vazia do contrato de trabalho. Em outras palavras, é possível a rescisão contratual, em regra, sem necessidade de exposição de motivos.

A prerrogativa patronal de dispensa imotivada, que decorre também do exercício do direito de propriedade (art. 5, XXII, da CF), sofre mitigação na hipótese em que a situação envolver rescisões em massa.

A dispensa em massa é compreendida como a rescisão contratual, ao mesmo tempo ou em um curto período de tempo, de uma multiplicidade de contratos, que represente situação não usual em comparação

com o histórico do “turn over” da empresa (média de admissões e demissões). Essas resilições não estão conectadas com circunstâncias subjetivamente ligadas aos trabalhadores dispensados, mas sim estão atreladas a fatos objetivos, normalmente relacionados com questões financeiras, técnicas ou de reestruturação empresarial. Esse ponto é o que difere a dispensa em massa da dispensa plúrima, na medida em que esta última tem como nota característica um fator subjetivo atribuível aos trabalhadores dispensados, a exemplo de uma falta grave cometida simultaneamente por 20 trabalhadores.

No Brasil, ainda não há legislação específica traçando parâmetros objetivos para classificação da dispensa como coletiva. No direito comparado, no entanto, a matéria já possui considerável regulamentação. Os doutrinadores Lorena Vasconcelos Porto e Augusto Grieco Sant’Anna Meirinho exemplificam a regulamentação estrangeira sobre o tema, em estudo intitulado “A dispensa em massa e a pandemia do COVID-19”¹:

*“(...) a Diretiva n. 59, de 1998, da União Europeia, em seu artigo 1º, considera como dispensa coletiva quando forem desligados “[...] **num período de 90 dias, no mínimo 20 trabalhadores**, qualquer que seja o número de trabalhadores habitualmente empregados nos estabelecimentos em questão.” (art. 1º)*

Na Itália, a Lei n. 223, de 1991, prevê que a dispensa coletiva se configura quando o empregador que possua mais de quinze empregados, em consequência de uma redução ou transformação da atividade ou do trabalho, efetue, no mínimo, cinco dispensas, no lapso de 120 dias, em cada unidade produtiva, ou em

1 PORTO, Lorena Vasconcelos; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna. A dispensa em massa e a pandemia do COVID-19. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região. Belo Horizonte, edição especial, t. II, p. 477-507, jul. 2020.

mais unidades produtivas, desde que situadas no âmbito territorial de uma mesma província (art. 24).

Na França, há dispensa coletiva quando são desligados ao menos 10 empregados no período de 30 dias (art. L1233-46 do Código do Trabalho).

Na Espanha, há dispensa coletiva quando são desligados ao menos 30 empregados nas empresas que ocupam 300 ou mais trabalhadores (art. 51).

Em Portugal, há dispensa coletiva quando o empregador, simultânea ou sucessivamente, no período de três meses, proceda ao desligamento de, pelo menos, dois ou cinco trabalhadores, conforme se trate, respectivamente, de microempresa ou de pequena empresa, por um lado, ou de média ou grande empresa, por outro (art. 359 do Código do Trabalho).

Na Dinamarca, há dispensa coletiva quando são desligados ao menos 30 trabalhadores em empresas que normalmente empregam no mínimo 300 empregados (Lei sobre as Dispensas Coletivas, que repete os critérios previstos na Diretiva n. 59, de 1998, da União Europeia).”

Da análise da legislação internacional, depreende-se que a caracterização da dispensa em massa, nos países acima referidos, leva em consideração ora a quantidade de trabalhadores dispensados em comparação com a quantidade de trabalhadores que a empresa possui, ora o volume de dispensas em um determinado espaço de tempo.

Verifica-se, portanto, que nenhuma dessas legislações considera como parâmetro para caracterização da dispensa em massa a “média usual de dispensas e admissões em um determinado período”, ou seja, o “turn over” da empresa. No entanto, considerando que a essência do malefício social da dispensa em massa decorre da sua consequência econômica negativa para a sociedade, a variável da redução do quantitativo dos postos de trabalho é imprescindível para a caracterização do instituto, especialmente no Brasil, onde a volatilidade dos contratos de emprego é elevada.

Dessa forma, com espeque nas normas estrangeiras e à luz da realidade brasileira que impõe a necessária consideração do “turn over” da empresa, a classificação da dispensa em massa é casuística e necessita da análise do caso concreto, especialmente a partir da averiguação da existência de redução dos postos de trabalho. Por conseguinte, uma vez identificada a resilição múltipla de contratos de trabalho ligadas a questões financeiras, técnicas ou de reestruturação empresarial, em volume que esteja em descompasso com a média de demissões e admissões da empresa, está caracterizada a dispensa em massa, o que torna imprescindível a intervenção sindical prévia (art. 8º, VI, da CF).

Teoria Discursiva do Direito - Jürgen Habermas

Tradicionalmente, a origem das normas jurídicas é atribuída ao Direito natural ou ao Direito Positivo. Ou seja, os enunciados normativos decorrem de uma fonte divina pressuposta, anterior a qualquer existência humana, ou são produtos da atividade legislativa imperativa estatal, imposta coercitivamente ainda que sem a anuência dos seus destinatários. Essa dicotomia foi alvo de contundentes críticas por várias correntes jurídico-filosóficas, dentre elas a “teoria discursiva do direito” propugnada por Jürgen Habermas e também por Robert Alexy.

Essa corrente filosófica propõe a alteração do processo de normatização, flexibilizando o monopólio divino e/ou estatal, característicos do direito natural e positivo. Assim, o processo de elaboração de normas jurídicas recebe influxos do “discurso racional”, que tem como pressuposto a construção de soluções a partir de diretrizes dialéticas e democráticas, com participação de todos os atores envolvidos, tendo como mote a ideia de “mais diálogo e menos discursos retóricos e impositivos”.

Em artigo intitulado “A construção coletiva do compromisso de ajustamento de conduta no âmbito do Ministério Público Brasileiro”, o doutrinador Bruno Gomes Borges da Fonseca detalha as linhas mestras da proposta de Jürgen Habermas²:

“A ideia de Habermas, portanto, é institucionalizar, pelo Direito, procedimentos comunicativos de criação e aplicação de normas jurídicas. Discursos morais, éticos políticos, pragmáticos e jurídicos, formulados por argumentos, seriam tematizados e abertos ao debate. Haveria atendimento ao regime democrático e à soberania popular; em sua dimensão procedimental, por admitir sejam os cidadãos, concomitantemente, coautores e destinatários de normas jurídicas, com adoção de processo inclusivo em uma relação de complementariedade entre autonomias pública e privada.

A discursividade oxigenaria esse modelo procedimental. Segundo a teoria discursiva “[...] São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de

2 FONSECA, Bruno Gomes Borges. *A construção coletiva do compromisso de ajustamento de conduta no âmbito do Ministério Público Brasileiro. Estudos aprofundados do MPT / coordenadores Henrique Correia e Élisson Miessa – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.*

discursos racionais”. A teorização do Direito, estribada no discurso, enxerga o paradigma do Estado democrático de direito como a institucionalização de processos e pressupostos de comunicação imprescindíveis na formação da opinião e da vontade. Este exercício dá-se pela autonomia. Seu resultado é a possibilidade de ordem jurídica legítima. O princípio do discurso assume, pela via da institucionalização jurídica, a figura de um princípio da democracia.

O discurso racional é toda tentativa sobre pretensões de validade problemáticas, realizada sob condições de comunicação, permissivas de movimento livre de temas, contribuições, informações e argumentos ilocucionários no interior de um espaço público. Atingidos são todos aqueles cujos interesses serão afetados pela regulamentação”.

Depreende-se, portanto, que o “discurso racional” se propõe a construir soluções através do consenso efetivo e material, e não apenas formal. A busca por alternativas de forma dialógica e democrática, embora demande mais esforço e tempo do que soluções impostas, tem por consequência maior grau de pacificação social, gerando um sentimento coletivo de Justiça e acarretando no cumprimento espontâneo da norma jurídica criada.

Alcance da intervenção sindical

É possível e salutar, portanto, incorporar a teoria discursiva do direito, e seu ponto nevrálgico que é o “discurso racional”, para o processo de intervenção sindical prévia à dispensa coletiva. A atuação do ente sindical é essencial para que o processo de construção de solução

acomode os interesses dos trabalhadores e, por via de consequência, de toda a sociedade. Os sindicatos são “corpos intermediários” vocacionados ao diálogo, que muito podem contribuir na elaboração de alternativas para minimizar os nefastos efeitos da rescisão coletiva de contratos de trabalho.

Dessa forma, a efetividade do “discurso racional” pressupõe uma intervenção sindical consistente e decisiva, com o propósito de que esse procedimento prévio não se torne simples regra formal estéril. Todas as rodadas de negociações devem contar com ampla carga democrática, com ausculta efetiva dos envolvidos. Propõe-se, assim, a formação de um “conselho decisório”, com composição paritária entre representantes do sindicato e da empresa/sindicato patronal, sendo que as propostas de soluções somente podem ser consideradas aprovadas se contarem com a anuência da maioria absoluta dos representantes do conselho.

A instituição desse conselho não desrespeita a parte final da tese fixada pelo E. STF por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 999.435, segundo a qual a necessidade de intervenção sindical prévia “*não se confunde com autorização prévia por parte da entidade sindical ou celebração de convenção ou acordo coletivo*”. Isso porque não se trata de condicionar a demissão à autorização do sindicato ou celebração de norma coletiva, mas sim de incluir os representantes sindicais ativamente no processo de construção de solução para o “problema estrutural” da demissão em massa.

Essa proposta de formação de conselho decisório, com a participação decisiva do sindicato no processo de elaboração de soluções, está alinhada, *mutatis mutandis*, com as previsões constantes dos arts. 513, alínea “d” e 514, “a”, da CLT:

“Art. 513. São prerrogativas dos sindicatos :

(...)

d) colaborar com o Estado, como órgãos técnicos e consultivos, no estudo e solução dos problemas que se relacionam com a respectiva categoria ou profissão liberal

Art. 514. São deveres dos sindicatos :

a) colaborar com os poderes públicos no desenvolvimento da solidariedade social”

O propósito desse conselho deve ser o de elaborar estratégias dialogadas para atenuar as consequências da dispensa em massa. Como sugestão para as pautas de negociação, propõe-se, a título ilustrativo, o debate acerca das seguintes medidas:

(i) - no caso de encerramento das atividades em alguma unidade empresarial específica, instauração de diálogo para fins de aproveitamento dos trabalhadores em outras filiais da empresa ou do grupo econômico; na impossibilidade absoluta dessa iniciativa, encaminhamento de cartas de recomendação para outras empresas do mesmo segmento ou de segmento similar;

(ii) – na hipótese de reestruturação da empresa em razão da automação de determinados processos, aproveitamento dos trabalhadores em outras funções para as quais possuam aptidão; na impossibilidade dessa iniciativa, assunção do compromisso de custear curso de formação para os trabalhadores dispensados em relação ao manuseio dos novos maquinários, com o compromisso de assegurar-lhes preferência no caso de novas contratações para as funções;

(iii) – na hipótese da reestruturação da empresa por questões estratégicas ou congêneres, manter os benefícios sociais eventualmente conferidos para os trabalhadores em atividade (cesta básica, auxílio-alimentação, plano de saúde, etc.) durante o prazo de 1 ano ou outro termo convencionado; no caso de inexistência de concessão desses bene-

fícios, assunção do compromisso de pagar um auxílio financeiro em valor equiparado durante o mesmo prazo acima referido;

(iv) – na hipótese de redução do corpo de empregados em virtude de problemas financeiros, dar preferência para a dispensa aos trabalhadores mais jovens (até 29 anos) em detrimento dos mais antigos, na medida em que estes possuem muito mais dificuldades para se realocarem no mercado de trabalho; ainda na hipótese de dispensa em massa por questões financeiras, dar preferência aos trabalhadores sem encargos familiares ou aos que possuam outras fontes de renda;

(v) – na hipótese de redução do corpo de empregados por quaisquer motivos, estabelecer um calendário escalonado de dispensas, classificando grupos de acordo com os critérios sugeridos no item “iv” acima, bem como fixando que a primeira rodada de dispensas ocorra em um lapso temporal razoável de pelo menos 3 meses, permitindo que os trabalhadores se programem para a inevitável redução de ganhos;

(vi) – na hipótese de encerramento das atividades em virtude de trespasse do estabelecimento, negociar com o adquirente para que os contratos de emprego não sofram solução de continuidade, inclusive abatendo eventual passivo trabalhista do “valuation” da empresa alienada.

Conclusão

Com supedâneo na compreensão de que a busca por alternativas para atenuar as consequências do “problema estrutural” das dispensas em massa pressupõe uma construção dialógica e democrática à luz da teoria discursiva do direito, ainda que isto demande mais esforço e tempo do que soluções impostas, a intervenção sindical prévia definida pelo E. STF por ocasião do julgamento do recurso extraordinário nº 999.435 não pode se resumir a uma atuação burocrática, sob pena de a regra se tornar um procedimento formal estéril.

Assim, propõe-se a formação de um “conselho decisório”, com composição paritária entre representantes do sindicato profissional e da empresa/sindicato patronal, sendo que as propostas de soluções somente podem ser consideradas aprovadas se contarem com a anuência da maioria absoluta dos seus integrantes. O resultado dessa construção dialogada tem por consequência maior grau de pacificação social, gerando um sentimento coletivo de Justiça e acarretando no cumprimento espontâneo da solução jurídica criada.

REFERÊNCIAS

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista** / Vólia Bomfim Cassar. - 16. ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

FONSECA, Bruno Gomes Borges. A construção coletiva do compromisso de ajustamento de conduta no âmbito do Ministério Público Brasileiro. **Estudos aprofundados do MPT** / coordenadores Henrique Correia e Élisson Miessa – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. rev. atual. e amp.- São Paulo : LTr; 2018.

PORTO, Lorena Vasconcelos; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna. A dispensa em massa e a pandemia do COVID-19. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, edição especial, t. II, p. 477-507, jul. 2020.

RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. **Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho** / Edson Beas Rodrigues Jr., organizador. - 4. ed. ampl. - São Paulo : LTr; 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.