

ORDEM PÚBLICA E TUTELA DO EMPREGO: AS DISPENSAS INDIVIDUAIS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO. DISPENSA COLETIVA E POR MOTIVOS CENSURÁVEIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO EUROPEU*

Alice Monteiro de Barros**

SUMÁRIO: 1 Estabilidade no emprego; 1.1 Direito positivo brasileiro; 1.2 Empregados não amparados pela estabilidade; 1.3 Cessação das relações de trabalho dos portadores de estabilidade; 1.4 Críticas ao instituto da estabilidade; 1.5 Despedida obstativa da estabilidade; 1.6 Natureza jurídica da estabilidade; 2 Instituição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço; 2.1 Primeiro momento histórico da flexibilização; 2.1.1 Conselho curador do FGTS; 2.2 Constituição do FGTS. Dos depósitos; 2.3 Dos saques; 2.4 Trabalhador aposentado que continua trabalhando após o benefício previdenciário; 2.5 Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa à luz da Constituição vigente; 2.5.1 Denúncia da Convenção nº 158 da OIT; 3 Interdependência dos dois regimes; 3.1 Prescrição; 4 Dispensas verificadas por motivos censuráveis; 5 Considerações gerais; 6 Tutela do emprego no ordenamento jurídico comunitário europeu; dispensas verificadas por motivos censuráveis e dispensas coletivas; 6.1 A noção de igualdade; 6.2 Despedida coletiva.

1 ESTABILIDADE NO EMPREGO

1.1 Direito positivo brasileiro

O Direito do Trabalho Brasileiro ainda se caracteriza pela predominância de normas de ordem pública, insuscetíveis de renúncia e, em consequência, apresenta-se como um organismo de proteção ao trabalhador.¹

* Texto ampliado de exposição feita na Universidade de Modena (Itália), por ocasião de Congresso promovido pela Universidade de Parma, Modena e Reggio Emilia, em fevereiro de 2002, sobre Contrato de Trabalho Transnacional.

** *Juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – Minas Gerais. Brasil. Professora Adjunta IV da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Diretora de Relações Internacionais da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Jr.*

1 Tramita no Congresso Nacional projeto de lei alterando a redação do art. 618 da CLT. A nova redação prevê a possibilidade de disposições de convenção ou acordo coletivo a respeito de condições de trabalho prevalecerem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de segurança e saúde do trabalho. Cf. o teor da modificação sugerida: “Art. 618: As condições de trabalho ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo prevalecem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de segurança e saúde do trabalho”.

Nessa linha de idéias a Constituição da República de 1988 enumera, no art. 7º, um elenco expressivo de direitos sociais, como garantias mínimas, além de outros porventura assegurados, embora haja projeto de lei tramitando no Senado, substituindo o caráter de ordem pública das leis ordinárias regulamentadores destes direitos, pela autonomia coletiva dos sindicatos, que estão muito enfraquecidos neste momento histórico do país.

Contraditoriamente, esta Constituição retrocedeu em relação às anteriores no que se refere à tutela do emprego. Para que se entenda este retrocesso é necessário um breve histórico a respeito da tutela da ocupação na evolução legislativa brasileira.

O Brasil é um país jovem, se comparado com as Nações Européias.

Uma das primeiras leis trabalhistas no Brasil surge em 1923 e seu objetivo imediato foi assegurar o custeio do sistema previdenciário. E para concretizar esse objetivo instituiu-se a estabilidade no emprego, de início para os ferroviários que tivessem mais de dez anos de serviço junto ao mesmo empregador e, paulatinamente, para outras categorias de trabalhadores até que a Lei nº 62, de 1935, a concedeu a todos os trabalhadores urbanos. Em 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que é a principal lei ordinária trabalhista do Brasil, disciplinou a matéria, no art. 492, dispondo que o empregado urbano que tivesse “mais de dez anos de serviço na mesma empresa não poderia ser despedido, salvo por falta grave ou circunstância de força maior”, independentemente da dimensão da empresa.

Em 1946, a estabilidade no emprego foi assegurada também aos trabalhadores rurais, por força de preceito constitucional.

1.2 Empregados não amparados pela estabilidade

Estão excluídos desta estabilidade os dirigentes contratados para cargos de confiança (art. 499 da CLT) e os trabalhadores de escritórios de profissionais liberais (art. 507 da CLT).

O ocupante do cargo de confiança, no Brasil, embora não seja, por força de lei, destinatário de um contrato especial de trabalho, como ocorre na Itália, ocupa posição *sui generis* no Direito do Trabalho brasileiro. A exclusão deste trabalhador da estabilidade se justifica, porque a confiança nele depositada poderá deixar de existir em face de motivos imponderáveis, quase imperceptíveis perante terceiro.² O cargo de confiança que inviabiliza a concessão da estabilidade é aquele que investe o seu titular em poderes de gestão, aos quais se equiparam os diretores, chefes de departamento e outros análogos, com padrão mais elevado de vencimento, na forma do art. 62 da CLT. A confiança, nestes casos, não se confunde com aquela que deve existir entre os trabalhadores e as empresas, em geral.

2 RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à CLT*, 13. ed., Rio de Janeiro: Forense, v. I, p. 605.

Cumpra salientar, entretanto, que o período de desempenho do cargo de confiança era adicionado ao cargo efetivo, eventualmente ocupado pelo empregado, para lhe conceder a estabilidade decenal neste último.

Se, todavia, o empregado tivesse se limitado a exercer na empresa, apenas as atribuições atinentes ao cargo de confiança, ele jamais adquiriria a estabilidade, e, ao ser dispensado, receberia indenização simples, na forma prevista nos art. 477 e 478 da CLT, pouco importando contasse dez ou mais anos de serviço junto ao mesmo empregador. Isto é, para cada ano trabalhado receberia o equivalente a uma remuneração mensal.

Inexplicavelmente ficaram excluídos também da esfera normativa da estabilidade de no emprego os empregados de escritório ou consultórios de profissionais liberais, embora fossem estes últimos equiparados a empregador, por força do art. 2º, § 1º, da CLT.

Alguns autores,³ com o objetivo de atenuar a injustiça do legislador para com esses trabalhadores, sustentavam que o dispositivo legal acima citado não alcançava os que trabalhavam em grandes escritórios ou organizações técnicas. Ocorre que a lei não contém esta exceção e introduzi-la por meio de um recurso de interpretação poderá violar o princípio da isonomia e conduzir a um acentuado subjetivismo na apreciação dos casos concretos.

1.3 Cessaçãõ das relações de trabalho dos portadores de estabilidade

A dispensa injustificada do destinatário da estabilidade é nula e autoriza a reintegração com o pagamento da remuneração mensal, aí incluídas as férias e gratificação natalina, entre a dispensa e a sentença judicial.

Se, entretanto, *houver incompatibilidade na manutenção do vínculo empregatício*, estas verbas serão acrescidas da indenização de antiguidade, tudo conforme sentença definitiva da Justiça do Trabalho. Esta indenização será em dobro, ou seja, para cada ano de trabalho o empregado receberá a esse título duas remunerações mensais (a maior recebida na empresa), acrescidas de 1/12 da gratificação natalina (Enunciado nº 24 do TST). O empregado receberá, ainda, a indenização nestes moldes, se procedente o pleito *de rescisão indireta ou encerramento voluntário das atividades empresariais*, onde se inclui a falência.

Fica esclarecido que, sendo estável o empregado e autorizada a *rescisão indireta* do contrato pela Justiça do Trabalho, por culpa do empregador (art. 483 da CLT), os salários e demais vantagens contratuais serão devidos até a sentença que decreta a ruptura contratual.⁴

3 COSSERMELLI, Eduardo. *Contrato Individual de Trabalho*, p. 326 e TOSTES MALTA, Cristóvão P. *Consolidação das Leis do Trabalho Comentada*, p. 473 e 474, 4. ed. Ambos *apud* RUSSOMANO, Mozart Victor. *Op. cit.*, p. 615.

4 "RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO – PERÍODO DE AFASTAMENTO – SALÁRIOS. Só quando se trata de empregado que goza de estabilidade é que tem natureza constitutiva a sentença que decreta a rescisão contratual por culpa do empregador. Nesta hipótese, os salários são devidos ao empregado até a data da sentença que põe fim ao contrato. No caso de empregado não está-

Convém salientar que se a dissolução do contrato ocorrer por *culpa recíproca ou força maior*, mesmo que estável o empregado, a indenização será simples (art. 484 e 502, II, da CLT) e o seu cálculo far-se-á à razão de uma remuneração mensal para cada ano trabalhado. Por força maior entende-se a circunstância inevitável para a qual o empregador não concorreu, de forma direta ou indireta.

Na hipótese de cessação do contrato de trabalho por *demissão* (ato voluntário do empregado), dispensa por *justa causa, morte do trabalhador* e em *vários casos de aposentadoria*, exceto a compulsória requerida pelo empregador, não haverá direito à indenização. Em se tratando de aposentadoria compulsória, requerida pelo empregador, a indenização será simples.

Saliente-se que o pedido de *demissão* do empregado estável só será válido se efetuado com a assistência do sindicato e, se não houver, perante autoridade local competente do Ministério do Trabalho ou da Justiça do Trabalho (art. 500 da CLT).

Cessado o contrato por *transação* entre as partes, o trabalhador receberá o equivalente a 60% da indenização em dobro, em se tratando de empregado estável (art. 6º do Decreto nº 99.684, de 1990).

1.4 Críticas ao instituto da estabilidade

A estabilidade vinha sendo objeto de críticas. Sustentavam que ela era um “escudo” protetor dos maus empregados e que era suscetível de fraude, pois o empregador poderia dispensar o trabalhador às vésperas de completar dez anos de serviço, o que, de fato, ocorria, levando a jurisprudência a criar a figura da despedida obstativa da estabilidade, a qual autoriza não a reintegração, mas a indenização em dobro.

1.5 Despedida obstativa da estabilidade

Presumia-se obstativa da estabilidade a despedida, sem justo motivo, do empregado que alcançasse nove anos de serviço na empresa (Enunciado nº 26 do TST). Neste caso, o empregado tinha a seu favor a presunção de que a despedida evitou-lhe impedir a aquisição da estabilidade, competindo ao empregador destruir esta presunção. Constando o empregado menos de nove anos de serviço junto ao mesmo empregador, a despedida obstativa poder-se-ia configurar, porém, neste caso, o ônus da prova recairia sobre o empregado.

vel, diferentemente, a Sentença que reconhece a culpa do empregador não tem natureza constitutiva. O término da relação de emprego ocorre no momento em que o empregado dá por rescindido o contrato, com o afastamento dos serviços, sendo, pois, os salários devidos apenas até esta oportunidade. Recurso de Embargos parcialmente conhecido e provido para excluir da condenação o pagamento dos salários relativos ao período posterior ao afastamento do empregado do serviço”. TST-ERR 32054/1991 – SBDI-1 – Rel. Min. Vantuil Abdala – DJU 12.02.1999, p. 00059.

1.6 Natureza jurídica da estabilidade

As teorias que procuravam explicar a natureza jurídica da estabilidade desdobram-se em dois grupos: contratuais e extracontratuais. Os adeptos da teoria contratualista viam na estabilidade uma fonte de conservação do emprego e de tutela de certos interesses, enquanto a vertente extracontratualista a via como um instrumento de segurança social. Logo, pertencem às teorias extracontratuais as teses que encontravam no instituto da estabilidade um meio para garantir a sobrevivência, obter a aposentadoria e uma tutela do direito ao trabalho.

2 INSTITUIÇÃO DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO

2.1 Primeiro momento histórico da flexibilização

Em 1967 foi introduzido no Brasil, ao lado da estabilidade, o regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), exatamente no primeiro momento histórico da flexibilização, como imposição do chamado direito do trabalho da emergência.

Permitiu-se na Constituição República (1967) a coexistência dos dois regimes: o da estabilidade prevista na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e o do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

Embora a Lei nº 5.107, de 1966 (com vigência a partir de 1967), que criou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço o instituiu em caráter optativo, na verdade era uma falsa opção, pois o novo trabalhador, se não manifestasse a opção por esse novo regime, não obteria o emprego. E os antigos trabalhadores que optassem pelo FGTS renunciariam à estabilidade. Até então, o sistema do FGTS estendia-se apenas aos empregados urbanos e era, pelo menos em tese, facultativo.⁵

Com a Constituição de 1988, o ingresso no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço passou a ser automático, não havendo mais opção, logo, a antiga estabilidade na empresa que se adquiria ao completar 10 anos de serviço junto ao mesmo dador de trabalho foi extinta, respeitado o direito adquirido dos que já a possuíam em 5.10.88, data do início de vigência da nossa Constituição (art. 14 da Lei nº 8.036, de 1990). O regime do FGTS passou a existir também no meio rural, a partir de 1988.

2.1.1 Conselho curador do FGTS

À luz do art. 3º da Lei nº 8.036, de 1990, o FGTS será regido segundo normas e diretrizes estabelecidas por um Conselho Curador, integrado por três representantes da categoria dos empregadores, além de um representante de cada uma das seguintes entidades: Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento; Ministério do Trabalho e da

5 Convém salientar que o Fundo de Garantia não guarda semelhança com o instituto jurídico existente na Itália, com a mesma nomenclatura. Neste último país, o Fundo de Garantia destina-se a socorrer os trabalhadores na hipótese de falência da empresa.

Previdência Social; Ministério da Ação Social; Caixa Econômica Federal e Banco Central do Brasil.

A Presidência do Conselho Curador será exercida pelo representante do Ministério do Trabalho e da Previdência Social (§ 1º do art. 3º da Lei nº 8.036, de 1990).

Os órgãos oficiais far-se-ão representar, no caso dos Ministérios, pelos Ministros de Estado e, no caso dos demais órgãos, por seus Presidentes, na qualidade de membros titulares, cabendo-lhes indicar seus suplentes ao Presidente do Conselho Curador, que os nomeará (§ 2º do art. 3º da Lei nº 8.036, de 1990).

Os representantes dos trabalhadores e dos empregados e seus respectivos suplentes serão indicados pelas respectivas centrais sindicais e confederações nacionais e nomeados pelo Ministro do Trabalho e da Previdência Social, e terão mandato de 2 (dois) anos, podendo ser reconduzidos uma única vez (§ 3º do art. 3º da Lei nº 8.036, de 1990).

O Conselho Curador reunir-se-á ordinariamente, a cada bimestre, por convocação de seu Presidente. Esgotado esse período, não tendo ocorrido convocação, qualquer de seus membros poderá fazê-la, no prazo de 15 (quinze) dias. Havendo necessidade, qualquer membro poderá convocar reunião extraordinária, na forma que vier a ser regulamentada pelo Conselho Curador (§ 4º do art. 3º da Lei nº 8.036, de 1990).

As decisões do Conselho serão tomadas com a presença, no mínimo, de 7 (sete) de seus membros, tendo o Presidente voto de qualidade (§ 5º do art. 3º da Lei nº 8.036, de 1990).

As despesas porventura exigidas para o comparecimento às reuniões do Conselho constituirão ônus das respectivas entidades representadas (§ 6º do art. 3º da Lei nº 8.036, de 1990).

As ausências ao trabalho dos representantes dos trabalhadores no Conselho Curador, decorrentes das atividades desse órgão, serão abonadas, computando-se como jornada efetivamente trabalhada para todos os fins e efeitos legais (§ 7º do art. 3º da Lei nº 8.036, de 1990).

2.2 Constituição do FGTS – Dos depósitos

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço é constituído de uma conta bancária formada pelos depósitos feitos pelo empregador em nome do trabalhador na qual o primeiro deposita em nome deste último, mensalmente, 8% da sua remuneração,⁶ salvo se se tratar de contrato de aprendizagem, cuja alíquota será reduzida para 2% (art. 15, § 7º da Lei nº 8.036). Este valor é depositado na Caixa Econômica Federal que o atualiza com juros e correção monetária, sendo ela o agente operador.

6 O FGTS incide sobre a remuneração mensal do empregado, inclusive horas extras e adicionais eventuais (Enunciado nº 63 do TST). O FGTS incide também sobre todas as parcelas de natureza salarial pagas ao empregado, em virtude de prestação de serviços no exterior (Orientação Jurisprudencial da SDI-1 do TST, nº 232).

Os depósitos na conta vinculada do FGTS são devidos nos casos de interrupção do contrato, como nos quinze primeiros dias de afastamento por doença, concessão de férias, licença-paternidade, entre outras e, em algumas hipóteses de suspensão do contrato como afastamento para prestação de serviço militar, acidente do trabalho e licença-maternidade (art. 28 do Regulamento do FGTS – Decreto nº 99.684, de 08.11.90).

Os depósitos na conta vinculada do FGTS são impenhoráveis, havendo uma vertente doutrinária que lhe atribui a natureza jurídica de salário diferido.

2.3 *Dos saques*

Enquanto subsistir o contrato de trabalho, estes depósitos serão utilizados pelo governo em sistema habitacional do país e no saneamento básico.

Em princípio, só se permite a movimentação imediata desta conta do FGTS, na cessação do contrato, por motivo alheio à vontade do trabalhador. É vedado ao trabalhador movimentar a conta do FGTS, na hipótese de cessação do contrato por *saída espontânea* (demissão) ou *justa causa* (art. 15 do Decreto nº 99.684, de 1990).

Na vigência do contrato de trabalho ele está autorizado a receber o valor da conta do Fundo de Garantia quando: for pagar parte das prestações decorrentes de financiamento habitacional concedido no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação (SFH); for pagar parte das prestações, liquidar ou amortizar o saldo devedor de financiamento imobiliário, desde que seja concedido no âmbito do SFH e haja interstício mínimo de 02 anos para a movimentação (art. 20, V e VI da Lei nº 8.036); for pagar total ou parcialmente o preço da aquisição de moradia própria nas condições vigentes para o SFH (art. 20, VII da Lei nº 8.036); permanecer o trabalhador 03 anos ininterruptos, a partir de 01.06.1990, fora do regime do FGTS (art. 20, VIII); for o trabalhador aplicar em quotas de Fundos Mútuos de Privatização, regidos pela Lei nº 6.385, de dezembro de 1976 (art. 20, XII); for o trabalhador ou seus dependentes acometidos de neoplasia maligna (item XI do art. 20 introduzido pela Lei nº 8.922/94) ou forem portadores do vírus HIV (item XIII do art. 20, incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 24.08.01); o trabalhador ou qualquer de seus dependentes estiver em estágio terminal, em razão de doença grave, nos termos do regulamento (art. 20, XIV da Lei nº 8.036, introduzido pela já citada Medida Provisória); tiver idade igual ou superior a 70 anos (art. 20, XV, introduzida pela Medida Provisória mencionada).

Ressalte-se que é proibida a movimentação da conta vinculada do FGTS nas hipóteses dos incisos V, VI e VII do art. 20 da Lei nº 8.036, de 1990 – art. 20, § 17, nas operações firmadas a partir de 25.06.98, caso o adquirente já seja proprietário ou promitente comprador de imóvel localizado no município onde resida, ou já possua, em qualquer parte do país, pelo menos um financiamento nas condições do SFH.

Em se tratando de *dispensa injusta ou rescisão indireta*, o empregador deverá pagar mais 40% do valor dos depósitos mensais atualizados, realizados por ele na conta vinculada do Fundo de Garantia do trabalhador (art. 9º, § 1º, do Decreto nº 99.684, de 1990).

Havendo *culpa recíproca ou força maior* reconhecida pela Justiça do Trabalho, como responsável pela dispensa, o empregador pagará mais 20% do valor dos depósitos e o empregado receberá a conta vinculada (art. 9º, § 2º do Decreto nº 99.684, de 1990).

Na hipótese de *morte* do trabalhador, seus dependentes receberão o valor do Fundo de Garantia que estiver depositado.

O trabalhador poderá sacar o valor do Fundo de Garantia, sem o aumento de 20% ou 40%, quando o contrato for *extinto por aposentadoria, término de contrato a prazo e encerramento voluntário das atividades da empresa*, embora neste último caso parte da jurisprudência e da doutrina lhe atribua o mesmo tratamento previsto para o empregado na despedida injusta. Sucede que a Lei nº 8.036, ao tratar do encerramento voluntário das atividades da empresa, não prevê a multa de 40% como direito do obreiro.

2.4 Trabalhador aposentado que continua trabalhando após o benefício previdenciário

Ainda que o trabalhador aposentado espontaneamente continue a prestar serviços na mesma empresa, considera-se que um novo contrato se firmou, pois a aposentadoria implica extinção do contrato, nos termos do art. 453 da CLT. Indevida, pois, a soma de período que se extingue com a aposentadoria para fins de incidência da multa de 40% do FGTS, na hipótese do último contrato cessar por despedida injusta (Orientação Jurisprudencial nº 177 da SDI-1 do TST).

2.5 Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa à luz da Constituição vigente

A Constituição da República, no artigo 7º, I, assegura entre os direitos do trabalhador “a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”. Ocorre que o preceito em questão não é auto-aplicável; falta vontade política na edição da referida lei complementar.

Portanto, no estágio atual da nossa legislação, o trabalhador de empresa privada não é destinatário de tutela quanto à ocupação, sendo a dispensa um direito potestativo do empregador, salvo se à época da promulgação da Constituição da República (5.10.1988) já fosse amparado pela estabilidade prevista no art. 492 da CLT.

2.5.1 Denúncia da Convenção nº 158 da OIT

Perdemos grande oportunidade de assegurar uma tutela efetiva ao emprego, quando o Brasil ratificou a Convenção Internacional 158 da OIT, em 1996. Infelizmente isto não ocorreu e o Governo Brasileiro denunciou esta norma internacional no mesmo ano, tendo o STF concedido liminar na ADIN-1480-3-DF suspendendo os efeitos desta Convenção. Afirmavam alguns que ela era incompatível com o art. 7º, I e

art. 10, I, do ADCT da Constituição vigente, pois o preceito exigia lei complementar para regulamentá-lo. Outros afirmavam que ela regulamentava o término da relação de trabalho pelo empregador e não a dispensa arbitrária ou a indenização compensatória. De acordo com o art. 1º do citado instrumento internacional dever-se-ia dar efetividade aos seus dispositivos, por lei nacional, salvo quando aplicada por meio de convenção coletiva, laudo arbitral ou sentença judicial.

3 INTERDEPENDÊNCIA DOS DOIS REGIMES

Com a Constituição de 1988, o regime do FGTS deixou de ser facultativo e foi instituído obrigatoriamente para todos os empregados.

Poderão ocorrer situações jurídicas em que os dois regimes se interpenetram.

Na hipótese de o empregado possuir um tempo de serviço disciplinado pelo *caput* do art. 477 da CLT, aplicado ao rural subsidiariamente (art. 9º do Decreto nº 73.626, de 1974), a partir de 05.10.88, com a vigência do FGTS os dois regimes se interpenetram, situação rara nos dias de hoje. Logo, se em 05.10.88, o empregado possuía dez ou mais anos de serviço (art. 492 da CLT, aplicado ao rural, subsidiariamente) junto ao mesmo empregador fora do regime do FGTS, ainda que após a referida data ingressasse automaticamente nesse regime, *a despedida injusta é nula*, pois continua portador de estabilidade. O empregado deverá ser reintegrado. *Se o tempo anterior ao ingresso no FGTS for inferior a 10 anos, a dispensa é válida*, porém, ser-lhe-á assegurada a indenização simples (art. 477) e pelo período posterior a 05 de outubro de 1988 sacará a conta vinculada do FGTS, acrescida da multa de 40%.

Na hipótese de obter em juízo *rescisão indireta* sob o novo regime, fará jus à indenização em dobro pelo tempo anterior a 05 de outubro de 1988 e à conta vinculada do FGTS acrescida de 40% após esta data. Não sendo estável, esta indenização será simples, isto é, não dobra e pelo período posterior a 05 de outubro de 1988 sacará a conta vinculada do FGTS, acrescida de 40%. *Cessado o contrato por falência ou outra causa de encerramento voluntário das atividades da empresa*, o empregado estável receberá indenização em dobro pelo período anterior ao ingresso no regime do FGTS e o não estável fará jus à indenização simples, nas duas situações, sem prejuízo do saque da conta vinculada do FGTS.

Caso a *dissolução do contrato ocorra por iniciativa do empregado* (demissão) ele perderá a indenização, sendo estável ou não e terá acesso ao FGTS nas hipóteses de pagamento total ou parcial do preço de aquisição de moradia pelo sistema financeiro habitacional, quando for ele ou seus dependentes acometidos de neoplasia maligna, forem portadores do vírus HIV, estiverem em estágio terminal em virtude de doença grave, quando o trabalhador tiver idade igual ou superior a 70 anos, quando o trabalhador permanecer 03 anos ininterruptos, a partir de 01.06.1990, fora do regime do Fundo de Garantia, entre outras hipóteses citadas no art. 20 da Lei nº 8.036, de 1990.

Em se tratando de *extinção do contrato por morte do empregado, aposentadoria por tempo de serviço, invalidez ou idade*, não há que se falar em indenização,

independentemente de ser ou não estável e o FGTS será sacado sem acréscimo, ressaltando-se que, na hipótese de morte, o levantamento do valor é feito pelos dependentes habilitados junto à Previdência Social.

Na cessação do contrato por *culpa recíproca ou força maior*, a indenização é simples, em se tratando de empregado portador de estabilidade e pela metade em relação ao não estável (art. 484 da CLT), sendo o FGTS, pelo período posterior a 05.10.88, recebido pelo trabalhador com um acréscimo de 20% sobre a totalidade dos depósitos.

Na hipótese de despedida calcada em *falta grave* devidamente comprovada, o empregado perderá a indenização de antiguidade e o FGTS só será sacado nas hipóteses de aquisição de moradia pelo sistema financeiro habitacional do país, doença grave (neoplasia maligna ou vírus HIV) do empregado ou de seus dependentes, estágio terminal em face de doença grave, quando o trabalhador permanecer 03 anos ininterruptos, a partir de 01.06.1990, fora do regime do Fundo de Garantia, implemento de idade (70 anos), etc.

3.1 Prescrição

Transcorridos mais de dois anos da cessação do contrato de trabalho estão prescritos os créditos resultantes da relação de emprego, aí incluídas a indenização e o não-recolhimento da contribuição do FGTS (E. 362/TST). Lembre-se, ainda, que a transferência do regime jurídico de celetista para estatutário implica extinção do contrato de trabalho, fluindo o biênio prescricional a partir da mudança de regime (Orientação Jurisprudencial nº 128 da SDI-1 do TST).

4 DISPENSAS VERIFICADAS POR MOTIVOS CENSURÁVEIS

A dispensa verificada por motivo censurável é nula e autoriza a reintegração, caso o prazo de garantia de emprego não tenha se escoado, pois se isto ocorrer fará jus ao pagamento dos direitos alusivos ao período correspondente. Os trabalhadores brasileiros desfrutam da chamada, impropriamente, “estabilidade provisória” ou “estabilidade especial”, a qual garante o emprego, dentro de limites temporais, em virtude de interesse da categoria ou circunstâncias especiais. Muitas destas “estabilidades provisórias” foram criação da jurisprudência e estão hoje inseridas em leis.

E assim é que, tutela-se o emprego em decorrência de:

a) dispensa proveniente de razões discriminatórias ou de motivo ilícito: a par das proibições constitucionais (art. 3º, IV, art. 4º, VIII e art. 5º, XLI e XLII e 7º, XIII), o artigo 1º da Lei nº 9.029, de 1995, afirma que é vedado o rompimento do contrato de trabalho por “motivo de sexo, origem, raça,⁷ cor, estado civil, situação familiar ou

7 DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO EMPREGO – REINTEGRAÇÃO. Embora o TRT tenha sustentado que não houve discriminação racial na despedida do autor, as premissas fáticas identificadas no acórdão recorrido revelam que ela existiu. Diante dessa circunstância e levando-se em conta os aspectos sociais que envolvem o tema, deve ser invocada a responsabilidade objetiva do empregador pelos atos pratica-

idade, salvo as hipóteses de proteção ao trabalho do menor”. A consequência desta proibição é, por força do art. 4º da Lei nº 9.029, de 1995, a reintegração, com direito à retribuição global desde a dispensa até o dia do retorno ao serviço ou ao pagamento em dobro desta retribuição, se o trabalhador optar pelo rompimento do contrato, como previsto no art. 4º da Lei nº 9.029 de 1995;⁸

b) dispensa verificada em violação do art. 10, II, *b* do Ato das Disposições Transitórias (ADI) da Constituição de 1988, segundo o qual “é vedada a dispensa arbitrária ou injustificada da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”. A responsabilidade do empregador é objetiva. São suficientes a prova da gravidez e a da despedida injustificada. A consequência é a reintegração ou não sendo possível por fato alheio à vontade da trabalhadora, ela fará jus à retribuição global deste período. É certo que o Enunciado 244 do TST não autoriza a reintegração, assegurando-lhe apenas o direito a salários e vantagens correspondentes ao período e seus reflexos. Ocorre que este enunciado foi editado quando se assegurava à empregada estabilidade provisória por um curto período de noventa dias após o término da licença-maternidade, como previsto em Precedente Normativo (nº 49) do TST, posteriormente alterado, em face da vigência da Constituição de 1988.

Essa Carta ampliou a garantia de emprego, vedando a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, de acordo com o art. 10, II, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.⁹

dos pelo seu empregado ou preposto no exercício do trabalho que lhe competia, mesmo que, tal como consignado pelo colegiado de origem, à época da dispensa aquele desconhecesse os atos perpetrados por este. Esclareça-se que o empregador, ao recorrer aos serviços do preposto, está delegando poderes a ele inerentes, não podendo, portanto, eximir-se de responsabilidade. Também como fundamento, deve ser registrado que o ordenamento jurídico pátrio, desde as constituições anteriores, repudia o tratamento discriminatório, seja pelos motivos, dentre outros, de raça, cor e religião. Destarte, os princípios constitucionais, associados aos preceitos legais e às disposições internacionais que regulam a matéria, autorizam o entendimento de que a despedida, quando flagrantemente discriminatória, deve ser considerada nula, sendo devida a reintegração no emprego. Inteligência dos art. 3º, inciso IV, 4º, inciso VIII, 5º, *caput* e incisos XLI e XLII, e 7º, inciso XXX, da Constituição Federal, 8º e 9º da CLT e 1521, inciso III, do Código Civil e das Convenções nºs 111/58 e 117/62 da OIT. Recurso conhecido e provido...”. TST-RR-381.531/97 – 1ª T. – Rel. Min. Ronaldo J. L. Leal, DJU 15.02.02 – Revista Justiça do Trabalho. Rio Grande do Sul: HS, nº 219, p. 78.

- 8 O preceito legal em questão encontra correspondente no art. 1º da Lei Italiana nº 7, de 1963, que considera nula a dispensa da trabalhadora por motivo de matrimônio. Em consequência, defere-lhe a retribuição global até a data do retorno ao serviço. Também a Lei Italiana nº 604, de 1966, veda a dispensa por motivos discriminatórios ou ilícitos, entre os quais se situam aqueles fundados em credo político ou fé religiosa, por filiação a sindicato ou atividade sindical. O elenco previsto na lei é exemplificativo. E se não bastasse, o art. 15 do Estatuto do Trabalhador Italiano, modificado pela Lei nº 903, de 1977, considera nulas as dispensas ocorridas por discriminações sindicais, políticas, religiosas, por motivo de sexo, raça ou idioma.
- 9 O art. 10, II, da Constituição de 1988, encontra correspondente na Lei Italiana nº 903, de 1977, que proíbe a dispensa injusta da trabalhadora no ciclo gravídico-puerperal, até que a criança complete um ano, concluindo a Corte Constitucional pela nulidade da dispensa (Cass. 13.02.98, nº 1526, in *Dir. prat. Lav.*, 1998, 27, 1869).

Considera-se dispensa arbitrária a que não se fundar em motivo disciplinar, econômico ou financeiro, por força da aplicação analógica do art. 165 da CLT. Afora as hipóteses de dispensa, fundada nas razões mencionadas, o objetivo da Carta Magna é proteger o emprego contra a rescisão unilateral do contrato de trabalho pelo empregador, impedindo que a função fisiológica da mulher no processo de reprodução constitua causa de discriminação, com embaraços ao exercício de seu direito ao trabalho.

Portanto, o que se deve impor, caso dispensada a empregada, é a reintegração no emprego, diante do fim perseguido pela normativa em questão.

Em conseqüência, os tribunais estão revendo sua posição, permitindo que o empregador desconsidere o aviso prévio, porque incompatível com a garantia de emprego, e assegure a continuidade do contrato à empregada gestante tão logo tome ciência de sua gravidez. A gestante deverá ser reintegrada no emprego, porque nula a despedida; sua recusa configurará renúncia à estabilidade provisória, salvo se comprovada a incompatibilidade entre as partes ou outro motivo justificável. Se a empregada deixa transcorrer, injustificadamente, todo o período relativo à estabilidade provisória e ingressa em juízo, só posteriormente, inviabilizando a reintegração, não há como assegurar-lhe as vantagens pecuniárias correspondentes. A rigor, o que a empregada pretende, agindo dessa forma, não é o emprego, mas as vantagens pecuniárias advindas da estabilidade provisória. Comportamento dessa natureza vem sendo considerado exercício abusivo do direito de ação¹⁰ e, em conseqüência deferem-se os salários do período restante da estabilidade, mas a partir do ajuizamento da ação. Logo, se à época da propositura da ação o período da estabilidade já havia se escoado, nenhum direito a esse título ser-lhe-á devido.

Propomos seja inserida no art. 659 da CLT, à semelhança do que se verificou com o dirigente sindical, uma liminar de reintegração para os casos cuja despedida injusta ponha em risco direitos relevantes das partes, como o direito ao emprego e à prestação laboral correspondente. Essa medida já está prevista na legislação da Nova Zelândia, especificamente para a empregada gestante;

c) despedida verificada em violação do art. 10, II, a do ADT da Constituição de 1988, que estabelece a proibição da dispensa injustificada do trabalhador eleito dirigente de Comissões Internas de Prevenção de Acidente (CIPA), desde o registro da candidatura até um ano após o término do mandato. Este trabalhador deverá zelar por seguras condições de trabalho, relatando áreas de risco e solicitando ao empregador

10 GESTANTE – DESPEDIDA SEM JUSTA CAUSA – DESCONHECIMENTO DO ESTADO GRAVIDICO POR PARTE DO EMPREGADOR – DELONGA INJUSTIFICADA NO AJUIZAMENTO DA AÇÃO – DIREITO APENAS AOS SALÁRIOS DO PERÍODO RESTANTE DA ESTABILIDADE – ABUSO DO DIREITO. Configura-se abuso do direito de ação, justificando o deferimento dos salários apenas a partir do seu ajuizamento, quando há delonga injustificada por parte da empregada no ajuizamento da ação, quando o empregador não tinha conhecimento do estado gravídico. Embargos conhecidos e providos para condenar o reclamado ao pagamento apenas dos salários do período restante da estabilidade, contados a partir da data em que o reclamado foi citado da ação. TST-SBD11 – E-RR-280247/96.0 – Rel. Min. Vantuil Abdala – DJ 06.10.2000, pág. 541. *Revista do Direito Trabalhista*, 30.11.2000, p. 53.

medidas para reduzi-lo, eliminá-lo ou preveni-lo. Por esta razão, está sempre em confronto com a vontade patronal, sujeito à represália ou à intimidação no cumprimento de seu mister. A tutela em exame estende-se também ao suplente do dirigente efetivo, a partir da Carta de 1988;

d) dispensa ocorrida em violação do artigo 8º, VIII da Constituição de 1988 e 543 da CLT, que estabelece a proibição da dispensa dos dirigentes sindicais e seus suplentes, desde o registro da candidatura até um ano após o término do mandato. Deve a entidade sindical comunicar à empresa, em 24 horas, e por escrito, o registro da candidatura do trabalhador e, em igual prazo, a eleição e posse no cargo de dirigente sindical. Esta exigência é estabelecida *ad substantiam*, e não apenas *ad probationem tantum*, apesar do informalismo que norteia o Direito do Trabalho. O dirigente sindical só poderá ser dispensado por falta grave apurada em inquérito judicial ajuizado perante a Justiça do Trabalho (Súmula 197 do Supremo Tribunal Federal e Orientação Jurisprudencial nº 114 do Tribunal Superior do Trabalho).

O inciso X do artigo 659 da CLT autoriza o juiz a antecipar a tutela,¹¹ em ação que vise reintegrar dirigente sindical.

A tutela da ocupação se justifica porque proporciona ao trabalhador, representante da categoria, independência e segurança no exercício do mandato.

A jurisprudência começa a se inclinar no sentido de estender a estabilidade provisória ao dirigente sindical, mesmo quando o seu sindicato ainda não esteja registrado no Ministério do Trabalho. O relator do acórdão referente ao RR-739.329/2001, que tramitou perante a 2ª Turma do TST destacou o fato de a Constituição da República (art. 8º) afastar a intervenção estatal para a criação, surgimento e validade da entidade sindical, exigindo apenas a base territorial municipal. Lembra também que o Supremo Tribunal Federal não considera o registro no órgão, essencial para o reconhecimento de entidade sindical. Além disso, segundo o relator, se a Constituição e a CLT protegem o trabalhador a partir do registro de sua candidatura à direção do sindicato, mais necessário ainda se faz a proteção quando o sindicato se encontra em fase de formação. Em consequência, o TST¹² reconheceu aos dirigentes desta entidade sindical o direito à reintegração, com o pagamento dos salários atualizados desde a dispensa até o efetivo retorno;

e) dispensa verificada em violação ao artigo 625-B, § 1º da CLT, que proíbe a rescisão unilateral do contrato de trabalho do representante do empregado,¹³ membro

11 MALLET, Estêvão. Primeiras linhas sobre as comissões de conciliação prévia. *Revista Synthesis* 31/2000, p. 165.

12 RR-739.329/2001, 2ª Turma, Rel.: Juiz Convocado José Pedro de Camargo, julgado em 05.09.2001, publicado no DJU de 09.11.2001, p. 734.

13 CIPA. Representante do empregador. Estabilidade. Salvo disposição em norma interna, acordo individual ou norma coletiva, o representante do empregador na CIPA não goza da estabilidade provisória prevista nos artigos 10, inciso II, *a*, do ADCT da CF e 165 da CLT, nem, tampouco, a aludida no Enunciado nº 339 do TST. Revista conhecida e provida. TST-RR-454.332/1998.3, 5ª T., Rel.: Juiz Convocado: Walmir Oliveira da Costa, julgado em 19.06.02.

da Comissão de Conciliação Prévia criada, facultativamente, no âmbito da empresa, desde a eleição até um ano após o final do mandato. Estas comissões foram instituídas pela Lei nº 9.958 de 2000, como órgão extrajudicial, destinado a tornar mais célere e econômica a solução dos conflitos do trabalho;

f) dispensa em violação do artigo 3º, § 9º da Lei nº 8.036, de 1990, que garante a estabilidade no emprego, dos membros do Conselho do Fundo de Garantia, representantes dos trabalhadores, desde a nomeação até um ano após o término do mandato. Poderá ser dispensado apenas por justa causa;

g) dispensa com violação da Lei nº 5.764, que concede estabilidade provisória aos trabalhadores eleitos diretores de cooperativas por ele criadas. Visou o legislador assegurar a independência das cooperativas e preservar-lhe a existência.¹⁴ A garantia em questão não se aplica aos membros do conselho fiscal,¹⁵ os quais não se enquadram na Seção que trata da administração;

h) dispensa em violação do artigo 118, da Lei nº 8.213, de 1991, que garante o emprego ao trabalhador acidentado após o término do auxílio-doença previdenciário, até um ano do retorno ao trabalho. Agiu, com acerto o legislador, pois a realidade demonstra a freqüência de despedidas de trabalhadores após o recebimento de benefício previdenciário e a dificuldade que encontram na obtenção de novo emprego, mormente quando o infortúnio deixa seqüelas. A garantia visa remediar este mal, proporcionando segurança em uma fase que o trabalhador poderá apresentar fragilidade, com redução do ritmo normal do trabalho;

i) dispensa de representante dos trabalhadores no Conselho Nacional de Previdência Social, violando o art. 2º, § 7º da Lei nº 8.213 de 1991, que os declara estáveis desde a nomeação até um ano após o término do mandato, salvo se a despedida fundar-se em falta grave comprovada através de processo judicial;

j) as despedidas ocorridas antes ou logo após as eleições nos órgãos da administração direta ou indireta são também, por força de lei, consideradas nulas, visando evitar o “clientelismo eleitoral”;

l) a Constituição Brasileira, no art. 11, assegura, nas empresas com mais de duzentos empregados, a eleição de um representante destes, com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores. E ao empregado eleito para essa função, a norma constitucional não assegurou estabilidade provisória.¹⁶ En-

14 CANO MARTINS, Nei Frederico. *Estabilidade provisória no emprego*. São Paulo: LTr, 1995, p. 156.

15 Orientação Jurisprudencial nº 253 da SDI-1 do TST.

16 “A Constituição não assegura estabilidade no emprego ao representante eleito. O art. 11 é omissivo e o art. 8º, VIII, veda a dispensa do empregado exercente de cargo de direção ou representação sindical. Como representação dos trabalhadores e representação sindical são figuras diversas, não há fundamento para a extensão do direito de estabilidade de um para outro caso, a não ser que se admita, em tão delicado caso, a analogia, embora sobre razões para a sua adoção, pelos mesmos motivos que a justificam para os dirigentes e representantes dos sindicatos. As convenções, acordos coletivos e sentenças normativas podem incluir a matéria, com provável trânsito, desde que não desvirtuada a finalidade do instituto pelo representante dos trabalhadores.” (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Comentários às Leis Trabalhistas*, 2. ed., LTr, v. 1, p. 180)

tretanto, o TST, por meio do Precedente Normativo nº 86 da SDC, já concede a esses trabalhadores estabilidade provisória, nos moldes do art. 543 e seus parágrafos da CLT.

Na ausência de norma coletiva, a Convenção nº 135 da OIT, complementada pela Recomendação nº 143 e ratificada pelo Brasil, por meio do Decreto nº 131, de maio de 1991, prevê medidas de proteção para os representantes de trabalhadores eleitos por eles, entre as quais se situa a reintegração na hipótese de dispensa injusta.

A estas hipóteses legais de estabilidade provisória, outras poderão ser acrescentadas por meio de normas coletivas.

E assim é que o C. TST, por meio do Precedente nº 85, defere aos trabalhadores, em sentença normativa, garantia de emprego durante os 12 meses que antecedem a data em que o empregado adquire direito à aposentadoria voluntária, desde que trabalhe na empresa há pelo menos cinco anos. Adquirido o direito, extingue-se a garantia.

Embora o E. Supremo Tribunal Federal seja contrário à concessão de qualquer tipo de estabilidade, por meio de sentença normativa, ainda que a título de mera garantia de salários, ressalta a doutrina¹⁷ que o Precedente 85 possui relevante finalidade social, pois assegura ao trabalhador às vésperas de sua aposentadoria segurança e tranquilidade, contribuindo para a paz social entre os interlocutores sociais, tendo a seu favor o disposto no art. 7º (itens I e XXIV da Carta Constitucional).

5 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A jurisprudência predominante do Tribunal Superior do Trabalho, afirma que se o trabalhador preencher as exigências para a aquisição da estabilidade provisória (*b, c, d, e, f, g, h*) apenas no curso do pré-aviso, não terá direito à tutela da ocupação, pois a intenção de romper o contrato indeterminado já havia se operado.¹⁸ Ousamos dissentir desta orientação jurisprudencial, por considerarmos que ela viola o artigo 487, § 1º da CLT, segundo o qual “o prazo do aviso prévio é sempre tempo de serviço”, logo, os direitos e obrigações das partes não se alteram no curso do pré-aviso e as circunstâncias supervenientes regem-se pelas mesmas disposições que disciplinam o contrato originário.

Exaurido o período da “estabilidade provisória”, a reintegração improcede, sendo devidos apenas os salários desde a data da despedida até o final da garantia de emprego assegurada (Orientação Jurisprudencial nº 116 da SDI-1 do TST).

A tutela da ocupação prevista nas letras *b, c, d, e, f, g, h*, chamada “estabilidade provisória” ou “estabilidade especial” é inaplicável ao trabalhador contratado por

17 FREITAS, Manoel Mendes. *Comentários aos precedentes normativos e à orientação jurisprudencial da SDC do TST*. São Paulo: LTr, 2001, p. 72.

18 Orientação Jurisprudencial 35 e 40 da SDI-1 do TST.

tempo determinado, considerando não poder a garantia em exame sobrepor-se ao limite do contrato estabelecido de boa-fé pelas partes. Nesse sentido é a Orientação Jurisprudencial nº 196 da SDI-1 do TST.

Na hipótese de extinção da empresa ou estabelecimento no âmbito da base territorial em que trabalhava o dirigente sindical, ele fará jus aos salários e demais parcelas até o encerramento das atividades, o qual implica cessação do contrato de trabalho (Enunciado 173 do TST). Neste sentido é a Orientação Jurisprudencial nº 86 da SDI-1 do TST.

Mesmo extinta a empresa, há decisão do TST¹⁹ mantendo a garantia de emprego assegurada à empregada gestante, pelo art. 10, II, do ADCT, como medida de proteção ao nascituro. Este ponto de vista foi por nós defendido em tese de doutorado.²⁰

Infelizmente, o trabalhador brasileiro do setor privado não tem uma tutela eficaz contra a dispensa. No setor público federal, em que o trabalhador é admitido por concurso, a tutela é mais eficaz, porque depois de três anos de serviço ele adquire estabilidade no serviço (artigo 41 da Constituição da República, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) e só perderá o cargo em virtude de sentença judicial definitiva ou de processo administrativo disciplinar no qual lhe seja assegurada ampla defesa. Este dispositivo legal aplica-se também ao servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional, de acordo com a Orientação Jurisprudencial nº 265 da SDI-1 do TST.

A diversidade de tratamento dado pelo legislador no setor privado, que reúne o grande contingente dos trabalhadores²¹ em relação ao setor público, acentua a diferença no mercado de trabalho em detrimento da maioria dos trabalhadores não qualificados e de precoce envelhecimento, contribuindo, ainda mais, para que o Brasil esteja incluído entre os países de maior desigualdade social.

Trabalho realizado pelo Instituto de Estudos do Trabalho e Sociedade, por um grupo de estudiosos, na maioria economistas, considera que a economia sozinha não tem instrumentos para resolver o problema. Asseveram que o Estado Brasileiro é desigual, promotor de privilégios e incapaz de alcançar os verdadeiros pobres com os seus R\$135 bilhões anuais de gastos sociais. Criticam esquerda e direita pela proposta desenvolvimentista, sustentando que o maior obstáculo para que exista uma política social

19 GARANTIA DE EMPREGO À GESTANTE – FECHAMENTO DE EMPRESA – ART. 10, INCISO II, LETRA B, DO ADCT. A empregada gestante faz jus à estabilidade de emprego conferida pelo art. 10, inciso II, alínea b, do ADCT, ainda que a despedida tenha ocorrido em virtude do fechamento da empresa, por se tratar, no caso, de uma garantia visando a não privar a gestante da conservação de um emprego que é vital para o nascituro, já que o salário percebido será utilizado em favor da subsistência e nutrição deste... TST-RR-402630/97 – 2ª T. – Rel. Min. Vantuil Abdala, DJ 12.09.01.

20 MONTEIRO DE BARROS, Alice. *A mulher e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 452.

21 Dados fornecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social e publicados no Jornal do Brasil de dezembro de 2001, revelam existir no Brasil, em 1999, na população econômica ativa 79,3 milhões de pessoas, sendo 71,7 milhões (90,4%) na população ocupada e 7,6 milhões (9,6%) na população desocupada. Ressaltou-se que 4,7 milhões estão no setor público e 66,9 milhões estão no setor privado (84,4%).

eficiente é o fato de os pobres constituírem uma barreira invisível, politicamente, por falta de representação, economicamente, por estarem na faixa mais baixa de renda e, socialmente, porque sequer são conhecidos pelo Estado. O referido estudo revela que metade das crianças brasileiras é pobre; 63% dos pobres são negros e 60% dos jovens e adultos não completaram oito anos de estudo.²²

6 TUTELA DO EMPREGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO COMUNITÁRIO EUROPEU: DISPENSAS VERIFICADAS POR MOTIVOS CENSURÁVEIS E DISPENSAS COLETIVAS

É sabido que a Comunidade Européia, hoje União Européia, surge, historicamente, como decorrência de razões econômicas, baseada na livre circulação de mercadorias entre os Estados-Membros, sendo protegida por uma tarifa aduaneira comum. O trabalhador era, inicialmente, considerado dentro de uma perspectiva mercantilista.²³ A política social aparecia subordinada à política econômica em uma perspectiva de passividade,²⁴ embora o art. 117 do Tratado de Roma dispusesse sobre a necessidade de promover a melhoria das condições de vida e de trabalho mediante a harmonização. Acontece que o funcionamento eficiente desse mercado europeu exigia a supressão de obstáculos à livre circulação de pessoas (art. 3º, g, do TUE), em geral, e dos trabalhadores em particular (art. 48 do TCE). E para isto é necessária a eliminação de discriminação fundada em nacionalidade (art. 12 do TCE), no que diz respeito ao acesso ao emprego (com algumas exceções no serviço público), à remuneração, às condições de trabalho (art. 39 TCE) e aos benefícios da seguridade social.

Hoje, a União Européia visa promover: “o desenvolvimento harmonioso e equilibrado das atividades econômicas, um crescimento sustentável e não *inflacionista*, que respeite o ambiente, um alto grau de convergência dos comportamentos das economias, *um elevado nível de emprego e de proteção social, o aumento do nível e da qualidade de vida*, a coesão econômica e social e a solidariedade entre os Estados-Membros” (art. 2º do Tratado da União Européia – TUE). Já o art. 3º, h, do TUE alude a uma aproximação das leis sociais.

Essas disposições revelam não só a necessidade de se harmonizarem os custos da mão-de-obra, para evitar que a integração constitua uma concorrência em detrimento dos países onde a legislação social é mais avançada, como também demonstra uma Europa de cidadãos atenta às exigências sociais.

A política social da União Européia compreende três períodos:²⁵ *o primeiro*, que se inicia no final da década de 50 e termina em 1974, foi marcado pelo crescimento

22 Jornal do Brasil. Reportagem de Carla Rodrigues. 11 de dezembro de 2001.

23 ALMEIDA, José Carlos de Carvalho Moitinho de. *La libre circulation des travailleurs dans la jurisprudence de la Cour de Justice (art. 48 CEE/art.28 E.E.E.)*. Collection de droit européen, n. 9, p. 180.

24 SALA FRANCO, Tomás. La política social en la Comunidad Europea. *Rev. Relasur*, nº 1, p. 45.

25 MOSLEY, Hugh G. La dimensión social de la integración europea. *Revista Internacional del Trabajo*, v. 109, n. 1, 1990, p. 87 e ss.

econômico e por taxas de desemprego muito reduzidas, limitando-se a intervenção da C.E. à coordenação da seguridade social em proveito dos trabalhadores migrantes. *O segundo período* (1974 – 1985) caracteriza-se por um crescimento econômico lento e por desemprego continuamente elevado; a política social mostrou-se mais ativa, intervindo a C.E. no princípio da não-discriminação no emprego entre homens e mulheres que, até então, permanecera em estado latente, embora assegurado no art. 119 do Tratado de Roma; inúmeros programas de ação foram adotados para fomentar o direito geral de não ser discriminado no emprego. Nesse período, várias diretivas foram também adotadas em matéria de direito do trabalho, entre elas, a de nº 75/129, de fevereiro de 1975, relativa à *despedida coletiva*, exigindo a notificação prévia da autoridade pública competente e dos assalariados quando ocorressem despedidas em massa; a de nº 75/117, de fevereiro de 1975, relativa à *igualdade de remuneração entre homens e mulheres*; a diretiva nº 76/207 de 9 de fevereiro de 1976 sobre *igualdade de tratamento entre homens e mulheres*; a diretiva nº 77/187, de 1977, sobre *medidas de proteção ao salário*, em caso de sucessão de empresas ou estabelecimentos; a diretiva nº 80/987, de 20 de outubro de 1980, relativa à *proteção dos assalariados, na hipótese de insolvência do empregador*, estabelecendo que as Convenções Coletivas são aplicáveis ao sucessor e determinando ainda a obrigação de criar instituições para assegurar o pagamento dos salários dos empregados de empresas falidas.

O terceiro período, na política social da Comunidade Européia, tem início em 1986. A partir daí, presta-se mais atenção à dimensão social, propondo-se uma legislação comunitária sob a forma de várias diretivas a respeito da segurança e saúde dos trabalhadores.

6.1 A noção de igualdade

A noção de *igualdade de tratamento* comporta conceitos diversos nos instrumentos comunitários. A diretiva de 1975 a define como *eliminação de toda a discriminação fundada em sexo* (art. 1º). Já a diretiva de 1976 dispõe que o princípio da igualdade de tratamento implica *ausência de toda a discriminação fundada em sexo, seja direta ou indireta, por meio de referência, notadamente, ao estado matrimonial ou familiar; a definição cobre todas as formas de discriminação ou tratamento desigual*. A discriminação direta é fundada no sexo e a indireta se baseia em outros critérios, aparentemente objetivos e aceitáveis, mas que, de fato, conduzem a um tratamento discriminatório.

As regras alusivas à *igualdade de tratamento* previstas no art. 119 do Tratado da Comunidade Européia profíbem não só a discriminação ostensiva, mas toda a forma dissimulada de discriminação. A igualdade de tratamento está prevista, com detalhes, no Regulamento nº 1612/68, relativo à liberdade dos trabalhadores no interior da Comunidade. Essas disposições relativas à igualdade de tratamento são características do princípio geral da igualdade previsto no art. 6º do Tratado da CE.

As modificações introduzidas pelo *Tratado de Amsterdã* assinalam um progresso no sentido da afirmação dos princípios da paridade de tratamento e

oportunidade entre homens e mulheres, em matéria de emprego e ocupação. No texto, afirma-se que a Comunidade tem a tarefa de “eliminar as desigualdades, como também promover a paridade entre homens e mulheres” (art. 3º, § 2º). E mais adiante, no art. 13, permite ao Conselho tomar as providências oportunas para combater as discriminações fundadas em sexo e em orientação sexual.

Nesta linha de idéias e dando prosseguimento ao combate ao tratamento discriminatório editou-se, em outubro de 1992, a Diretiva nº 92/85, estabelecendo licença-maternidade, no mínimo de 14 semanas e *garantia de emprego durante a gravidez até o término desta licença.*

Um dos objetivos mais clara e continuamente perseguidos²⁶ pelo legislador comunitário diz respeito à igualdade entre homem e mulher, princípio consagrado no art. 141 do Tratado institutivo da Comunidade. Nos anos setenta, foram publicadas várias diretivas, entre as quais a de nº 75-117, assegurando salário igual para trabalho de igual valor e a de nº 76/207, sobre igualdade de tratamento quanto ao acesso ao trabalho, formação, promoção profissional e condições de trabalho. A diretiva nº 76/207 introduz expressamente o princípio da não-discriminação direta e indireta e o direito de recorrer à justiça a quem se sentir discriminado. Essas duas diretivas impõem aos Estados-membros a adoção de medidas necessárias “para proteger os trabalhadores contra toda dispensa que constitua uma reação do empregado a uma reclamação formulada no nível da empresa ou a uma ação na Justiça para fazer valer o princípio da igualdade de tratamento”.

A dificuldade objetiva de provar o motivo discriminatório poderá comprometer o princípio da igualdade de tratamento entre os sexos. Em conseqüência, houve necessidade de modificar o princípio concernente ao ônus da prova, o que foi feito de início pela jurisprudência da Corte de Justiça, afirmando que na hipótese de tratamentos diferentes entre homens e mulheres, incumbiria ao empregador o ônus de demonstrar a razoabilidade dos critérios adotados, quando não fossem eles transparentes. Este raciocínio acabou por ser incorporado na *Diretiva 97/80, a respeito de ônus da prova, nos casos de discriminação fundada em sexo.* A diretiva visa introduzir em todos os Estados-Membros um regime probatório mais favorável. E, derogando os princípios gerais que regulavam o ônus da prova, esta diretiva considera suficiente que a parte (autor) apresente em juízo elementos de fato sobre os quais se possa presumir esteja sendo vítima de discriminação indireta e, diante de tais indicações, incumbe ao réu “promover a insubsistência da violação ao princípio da paridade de tratamento” (art. 4º, § 1º). Esse regime probatório se aplica aos procedimentos civis ou administrativos que versem sobre discriminação, seja no tocante à relação de trabalho público, seja no tocante à relação de trabalho privado.

As modificações introduzidas pelo Tratado de Amsterdã assinalam um progresso na afirmação dos princípios da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de ocupação e emprego, quando, no art. 3º, § 2º, afirma dever a Comunidade

26 GALANTINO, Luisa. *Diritto Comunitario Del lavoro.* Torino: G. Giappichelli editore, 2001, p. 163.

eliminar as desigualdades, como também promover a igualdade entre homens e mulheres.

A Diretiva nº 2.000/43, de 29 de junho de 2000, proíbe discriminação fundada em raça e origem étnica. Ela é aplicável no setor público e privado, com referência não só às condições de acesso ao trabalho subordinado ou autônomo, mas também à proteção social, à instrução e ao acesso a bens e serviços. Não se compreendem neste contexto as diferenças de tratamento baseadas em nacionalidade e disposições que regulam o ingresso e residência de cidadãos de outros países.

A União Européia, por meio da *Diretiva nº 2000/78*, estabelece um quadro geral para a *igualdade de tratamento em matéria de ocupação e condições de trabalho, proibindo discriminação baseada em religião, convicções pessoais, handicap, idade e tendências sexuais.* Não se considera discriminação a diferença de tratamento baseada em religião e convicções pessoais, se estas últimas constituírem requisito essencial ao desenvolvimento da atividade profissional, tendo em conta a sua natureza e o contexto em que ela vem espelhada. No que tange às convicções pessoais, são previstas disposições específicas para a Irlanda do Norte.

6.2 Despedida coletiva

Finalmente, a *Diretiva de 30 de julho de 1998, nº 98/59* reuniu, em um texto único, outras diretivas concernentes à aproximação da legislação dos Estados-Membros em *matéria de despedida coletiva*, assim considerada aquela efetuada por um empregador com pelo menos vinte empregados “por um ou mais motivos não inerentes à pessoa do trabalhador se o número de dispensas efetuadas é a escolha dos Estados-Membros: por um período de trinta dias pelo menos igual a dez trabalhadores, nos estabelecimentos que ocupem habitualmente mais de vinte ou menos de cem trabalhadores; pelo menos igual a 10% do número de trabalhadores nos estabelecimentos que ocupem, habitualmente, pelo menos cem trabalhadores; pelo menos igual a trinta trabalhadores nos estabelecimentos que ocupem habitualmente, pelo menos trezentos empregados; ou por um período de noventa dias pelo menos igual a vinte, sem considerar o número de trabalhadores habitualmente ocupados nos estabelecimentos interessados”.

Ressalta a doutrina que a definição de dispensa coletiva é baseada em um elemento quantitativo temporal, isto é, na dispensa de um determinado número de trabalhadores em um certo período de tempo e um elemento qualitativo, consistente na presença de motivos não inerentes à pessoa do empregado. Sob este perfil, devem incluir-se, no conceito de dispensa coletiva, as despedidas consideradas tecnológicas, provenientes de uma reestruturação da empresa, independentemente da sua atividade.²⁷ São igualmente consideradas dispensas coletivas, as cessações do contrato de trabalho verificadas por iniciativa do empregador por uma ou mais razões não inerentes à pessoa

27 GALANTINO, Luísa. Op. cit., p. 197.

DOUTRINA

do empregado, desde que as despedidas sejam, pelo menos, em número de cinco. A diretiva prevê uma consulta sindical preventiva às dispensas, com o objetivo de evitá-las ou reduzi-las, como também de atenuar as conseqüências, recorrendo a medidas sociais capazes de facilitar a requalificação dos trabalhadores. Pretende-se, com isto, atribuir ao sindicato um papel ativo de co-gestor da crise empresarial, segundo o modelo típico participativo da legislação comunitária.²⁸

São estas as considerações que submeto à apreciação dos leitores a respeito do tema, confrontando-o, em algumas passagens, com o ordenamento jurídico da União Européia.

28 GALANTINO, Luisa. Op. cit., p. 198.