



A RELATIVIZAÇÃO DO PODER EMPREGATÍCIO DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19: BREVES REFLEXÕES ACERCA DAS DESPEDIDAS IMOTIVADAS INDIVIDUAIS, COLETIVAS E MOTIVADAS (JUSTA CAUSA) DURANTE O PERÍODO DE CALAMIDADE PÚBLICA, DETERMINADO PELO DECRETO LEGISLATIVO N. 6/2020

Daniel Rogério Ullrich¹

*“Não faças da tua vida um rascunho.
Poderás não ter tempo de passá-la a limpo.”
Mário Quintana*

Resumo: A pandemia de Covid-19 exige de toda a sociedade um esforço conjunto e coletivo a fim de superar os desafios advindos desse momento excepcional que impacta as relações sociais e econômicas. Nesse cenário, o Governo Federal editou medidas emergenciais trabalhistas com o intuito de resguardar as atividades econômicas, preservar ao máximo os empregos e, com isso, evitar o colapso social. Não obstante, nota-se que muitas empresas, a despeito das alternativas existentes, adotaram, como a primeira medida de contenção de custos, a despedida dos seus empregados, ainda que a justificativa por esta opção se revele um tanto quanto contraditória, devido à quitação das verbas resilitórias, que também podem representar um valor expressivo a depender do tempo de vigência do contrato de trabalho. O presente artigo se propõe à reflexão quanto à relativização do poder empregatício, notadamente o diretivo e disciplinar, a fim de que as despedidas se tornem exceções a partir da possibilidade de adoção de outras medidas que flexibilizem vários direitos inerentes às relações empregatícias, inclusive com o financiamento, pelo Governo Federal, de parte dos salários dos empregados. Denota-se, pois, que a preservação dos empregos e da renda, assim como da saúde financeira das empresas, é indispensável para manutenção da dignidade das pessoas (aqui incluídos empregados e empregadores), bem como para retomada econômica após o período de

259

1 Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB. Especialista em Direito Público e Prática Jurídica pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMESC (em parceria com a FURB). Advogado. Sócio do escritório Ullrich & Vegini Advogados Associados. daniel@uvadvogados.com.br.

calamidade pública.

Palavras-chave: Poder empregatício. Relativização. Pandemia. Covid-19. Despedidas.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo se trata de um breve enfoque acerca das despedidas individuais, coletivas e por justa causa durante o período de calamidade pública decorrente da pandemia de Covid-19.

Aborda-se, em tópicos, o surgimento das dimensões de direitos fundamentais, o direito fundamental ao trabalho, a natureza jurídica do Direito do Trabalho, as medidas emergenciais trabalhistas editadas para enfrentamento desse momento de calamidade pública e, por fim, articula-se os argumentos para relativização do poder empregatício.

O desenvolvimento do trabalho tem por objetivo demonstrar uma visão diferente acerca viabilidade das dispensas de empregados, bem como propor soluções que se compatibilizem com os preceitos constitucionais e humanos, a fim de que sejam preservados os negócios e os empregos durante a crise que vivemos.

260

2 DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS: RELAÇÃO INDIVÍDUO X ESTADO

A relação entre o Estado e o indivíduo, autoridade e administrado respectivamente, transforma-se no decorrer da evolução humana. As várias facetas de formas de governo, tais como o absolutismo, totalitarismo e as ditaduras, além do despertar dos movimentos iluministas e jusnaturalistas, influenciaram a sociedade a questionar os seus governantes, principalmente os poderes ilimitados que possuíam. Atrelado a isso, não se pode olvidar de outros fatos históricos, como as revoluções, crises econômicas e as duas Guerras Mundiais, que também foram fatores determinantes para o efetivo surgimento dos direitos e garantias fundamentais do homem.

Com o propósito de demonstrar a ascensão dos direitos humanos

de forma didática, o jurista tcheco, naturalizado francês, *Karel Vasak*, em 1979, formulou a teoria das gerações dos direitos, baseado nas etapas evolutivas do seu reconhecimento e com a associação ao lema da Revolução Francesa: “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”.²

Oportuno mencionar que comumente se adota o termo dimensões, ao em vez de gerações, pois, assim, denota-se o sentido de cumulatividade, e não de superação, mormente porque os direitos e garantias se complementam com o passar do tempo e pelo surgimento de novas demandas.³ Também propício esclarecer, de antemão, que os direitos humanos e fundamentais possuem, essencialmente, o mesmo conteúdo, distinguindo-se, apenas, porque os primeiros estão previstos no plano internacional (Declarações e Convenções, por exemplo), enquanto os segundos são positivados nas Constituições de cada Estado.

Pois bem, os direitos humanos de primeira dimensão têm valores substanciais do Estado Liberal, decursivos, notadamente, pela Declaração de Direitos da Virgínia em 1776 e a Revolução Francesa em 1789. Nesse período ocorre a transição entre a forma de regulação da sociedade até então adotada, opressora das liberdades individuais, para um novo modelo apto a conferir ao cidadão direitos civis e políticos em face do Estado, tais como à liberdade, à expressão, à locomoção, à vida, à propriedade privada, dentre outros. Em síntese, os direitos fundamentais de primeira dimensão têm por escopo uma prestação negativa do Estado, que deve se abster de se imiscuir na vida privada do cidadão. Consolida-se, então, a ideia do Estado Liberal.

Entretanto, o avanço da Revolução Industrial no Século XVIII estabelece o modelo capitalista e transforma profundamente as relações sociais, cuja economia se sustenta, sobretudo, pela livre circulação de bens e serviços, mediante utilização da mão de obra humana na produção, sem interferência do Estado. A par disso, a Primeira Guerra Mundial (1914 – 1918) e a depressão econômica de 1929 compõem uma conjuntura econômica que elevam, demasiadamente, os problemas sociais.

2 NETO, Silvio Beltramelli. **Direitos Humanos**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 101.

3 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 49.

O Estado Liberal, por sua vez, entra em crise, já que não é mais capaz de responder a todos os anseios da sociedade dessa época. A acumulação de capital e a desigual distribuição de renda, colocaram em xeque a sustentação da sociedade. “As pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade”⁴ geram novas reivindicações, que importam na cobrança pela adoção de um papel mais ativo do Estado para realização da justiça social.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, surgem, então, pelo anseio da sociedade na prestação positiva do Estado, que deve lançar mão das medidas necessárias para mitigar a desigualdade social e garantir direitos sociais e econômicos ao cidadão. Nesse contexto, passam a compor os direitos humanos o direito ao trabalho, à saúde, ao lazer, à educação, à moradia e à previdência social. Observa-se, pois, que são direitos intrinsecamente relacionados à busca pela igualdade no plano formal e material dos indivíduos. Concretiza-se, nesse momento, o Estado Social.

262

No entanto, a partir de 1970 o Estado Social também vivencia uma crise. O crescimento demográfico e o envelhecimento populacional elevam, sobremaneira, os custos de manutenção desse modelo estatal e geram incertezas quanto a viabilidade de financiamento da saúde e a previdência social, que são dois pilares essenciais desse modelo de Estado.⁵ Nesse momento, compreende-se que o indivíduo, por si só, embora detentor de direitos civis, políticos e sociais, não vive isolado, mormente porque emerge a importância dos direitos de solidariedade ou de fraternidade, que são os direitos classificados como de terceira dimensão. São direitos que decorrem da crescente preocupação com a essência do ser humano como grupo, povo ou nação. Não mais apenas do homem-indivíduo como titular de direitos individuais. O traço distintivo está na titularidade transindividual (ou metaindividual) dos direitos fundamentais.⁶ Destacam-se, nesse grupo, o

4 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 145.

5 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 57.

6 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 406-407.

direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente sadio e equilibrado e ao patrimônio comum da humanidade.⁷

Observa-se, portanto, que as dimensões dos direitos humanos se complementam no decorrer da história do homem e o seu desenvolvimento é influenciado pelas necessidades vivenciadas em cada época. Possuem, como características: a historicidade, universalidade, limitabilidade (conflito entre direitos fundamentais; ponderação de direitos fundamentais), concorrência e irrenunciabilidade.⁸

Em arremate, cita-se a teoria dos quatro *status* de George Jellinek no desenvolvimento dos direitos fundamentais, mencionada por Pedro Lenza⁹ em sua obra intitulada *Direito Constitucional Esquematizado*, conforme segue:

- *status* passivo ou *subjectiones*: o indivíduo se encontra em posição de subordinação aos poderes públicos, vinculando-se ao Estado por mandamentos e proibições. O indivíduo aparece como detentor de deveres perante o Estado.
- *status* negativo: o indivíduo, por possuir personalidade, goza de um espaço de liberdade diante das ingerências dos Poderes Públicos. Nesse sentido, podemos dizer que a autoridade do Estado se exerce sobre homens livres;
- *status* positivo ou *status civitatis*: o indivíduo tem o direito de exigir que o Estado atue positivamente, realizando uma prestação a seu favor;
- *status* ativo: o indivíduo possui competências para influenciar a formação da vontade do Estado, por exemplo, pelo exercício do direito do voto (exercício de direitos políticos).

A despeito da existência de outras dimensões de direitos humanos, tão importantes quanto, e complementares as já mencionadas, destacam-se as três primeiras que são de fundamental importância e entendimento para o desenvolvimento da reflexão proposta no presente trabalho.

Atualmente, o mundo, sem distinção, vivencia a pandemia

7 NETO, Silvio Beltramelli. **Direitos Humanos**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 105.

8 LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1.160.

9 Idem, p. 1.163.

do Covid-19, momento em que a garantia dos direitos humanos ganha especial relevância, exigindo da autoridade estatal uma postura ativa com a propositura de medidas que atenuem e resguardem os cidadãos das graves consequências sanitárias, sociais e econômicas decorrentes desse período de calamidade pública.

Nesse sentir, é essencial a revisitação histórica acerca do surgimento e da consolidação dos direitos humanos, que, a partir de outros momentos de crise que a sociedade vivenciou, surgiram para promover e resguardar a liberdade, igualdade e a fraternidade entre os cidadãos. Os direitos humanos consolidados podem (e devem) ser utilizados pelas autoridades estatais, assim como serem exigidos pelos cidadãos, pois é justamente nos momentos de crise humanitária, como a que vivenciamos, que tais direitos desempenham papel imprescindível na preservação da dignidade das pessoas e a consecução do bem-estar social.

264 **3 TRABALHO: DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL DIRETAMENTE ASSOCIADO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Dentre os direitos humanos, o direito ao trabalho e a regulação das relações trabalhistas, especificamente, são os que mais interessam à presente reflexão. Nesse cenário, como esclarecido no tópico anterior, os direitos humanos são considerados direitos fundamentais na medida em que são reconhecidos, e garantidos, pelas legislações pátrias.

O Estado Social se consolida na segunda dimensão de direitos humanos, impulsionados pela Revolução Industrial, o movimento cartista na Inglaterra e a Comuna de Paris (1848), em que crescem as reivindicações trabalhistas e de assistência social.¹⁰ Os principais documentos, a Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, alçaram, pela primeira vez, normas trabalhistas em textos constitucionais. Também relevantes, em 1919, o Tratado de Versalhes, que deu fim à Primeira Guerra Mundial e instituiu a Organização Internacional do Trabalho (OIT), assim

10 LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1.157.

como a Constituição Federal do Brasil de 1934, que é a primeira a tratar, em âmbito constitucional pátrio, de normas atinentes às relações do trabalho.

Sobre a evolução das relações trabalhistas, e suas regulamentações, afirma Carlos Henrique Bezerra Leite¹¹ que é possível a divisão em período pré-histórico e período histórico, conforme segue:

No *período pré-histórico* ou *pré-industrial*, encontraremos três fases distintas: a) vinculação do homem ao homem (escravidão); b) vinculação do homem à terra (servidão); c) vinculação do homem à profissão (corporações). Surgia, ainda, nesse período, outro tipo de relação de trabalho: a locação (*locatio operis e locatio operarum*). Alguns sustentam ser a *locatio operarum* precedente da relação de emprego moderna, objeto do direito do trabalho. Nesse período não existia ainda o direito do trabalho tal como o conhecemos hoje.

No *período histórico* propriamente dito é que surge o direito do trabalho. Três foram as principais causas: econômica (revolução industrial), política (transformação do Estado Liberal – Revolução Francesa – em Estado Social – intervenção estatal na autonomia dos sujeitos da relação de emprego) e jurídica (justa reivindicação dos trabalhadores no sentido de se implantar um sistema de direito destinado à proteção, como o direito de união, do qual resultou o sindicalismo, o direito de contratação individual e coletiva). Somando-se a essas causas, contribuíram decisivamente para o surgimento do direito do trabalho a ideia de justiça social preconizada, principalmente, pela Igreja Católica, através das Encíclicas *Rerum Novarum* e *Laborem Exercens*, e o marxismo, preconizando a união do proletariado e a ascensão dos trabalhadores, pela luta de classes, ao poder político.

Em 1945, surge a Organização das Nações Unidas (ONU) e, na sequência, em 1948, é formalizada a Declaração Universal dos Direitos Humanos que, no art. 23, I, dispõe que: “Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.”¹²

É de se notar que a consolidação do modelo econômico capitalista não prescinde das proteções sociais aos cidadãos, notadamente dos

11 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 41.

12 Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2020.

trabalhadores, na medida em que a desigualdade social provocada pela exploração da mão de obra é também uma das causas que geram conflitos. Por isso, no mundo todo os Estados propõem legislações atentas às diretrizes internacionais, que regulamentam as relações trabalhistas, e, de certo modo, atenuam as contendas entre capital e trabalho.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 “adotou o mais amplo catálogo de direitos sociais da história do nosso constitucionalismo, incluindo os direitos trabalhistas em capítulo próprio, o *Dos Direitos Sociais*”.¹³ Com efeito, no art. 6º da Constituição Federal de 1988 estão enumerados os direitos sociais, quais sejam: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Além disso, no mesmo capítulo, estão previstos, expressamente, os direitos mínimos garantidos aos trabalhadores urbanos e rurais, a liberdade de associação profissional e sindical, e, ainda, o direito ao exercício de greve (arts. 7º, 8º e 9º da Constituição de 1988).

266

Ressalta-se, por oportuno, que referidas normas estão inseridas no título dos Direitos e Garantias Fundamentais e, portanto, são cláusulas pétreas, a teor do que dispõe o art. 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988. Portanto, no Brasil, as normas trabalhistas mínimas e gerais estão previstas e garantidas constitucionalmente. Mas não é só. A Constituição Federal de 1988 também regula a ordem econômica e financeira, que viabiliza a livre iniciativa, mas condiciona à valorização do trabalho humano e a observância da existência digna de todos, além do atendimento à função social da propriedade e a busca do pleno emprego.

Em reforço, dentre os princípios fundamentais, insculpidos no art. 1º da Constituição Federal de 1988, estão a dignidade da pessoa humana (inciso III) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV). Carlos Henrique Bezerra Leite sintetiza a valorização do trabalho humano na Constituição Federal de 1988, conforme segue:

O direito ao trabalho, além de direito humano, é também direito fundamental, mormente em nosso sistema jurídico, porquanto

13 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 586.

positivado na Constituição Federal, sendo, portanto, tutelado pelo direito constitucional, ora como princípio (e valor) fundamental do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, II, III e IV); ora como direito social (CF, arts. 6º e 7º); ora como valor fundante da ordem econômica, que tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado, dentre outros, o princípio da busca do pleno emprego.¹⁴

Denota-se que a Constituição Federal de 1988 consagra a dignidade da pessoa humana como um dos seus pilares fundamentais. A partir daí, permite o livre exercício de profissões e da empresa, contato que se atenda à função social, o respeito à vida digna de todos e valorize o trabalho humano.

Vale dizer que o exercício da empresa (atividade econômica organizada) somente cumprirá a sua função social se criar empregos, recolher tributos, gerar riqueza, contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural, adotar práticas sustentáveis e respeitar os consumidores.¹⁵ A compreensão de que o exercício da atividade empresária não se limita exclusivamente a auferir lucro como um fim em si mesmo, é de substancial importância para concretização dos objetivos da Constituição Federal de 1988, especialmente o de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I).

267

A análise acurada dos preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988 leva à conclusão que as três primeiras dimensões de direitos humanos estão consolidadas na legislação constitucional e devem servir de norte na interpretação e aplicação das legislações infraconstitucionais, principalmente em momentos de crise humanitária, como a atual, ocasião em que se tornam ainda mais importantes.

4 A NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DO TRABALHO E A PANDEMIA DE COVID-19

Assimilar a natureza jurídica de determinado ramo do Direito

14 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 41.

15 COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

auxilia o operador do direito a compreender os seus princípios, regras e interpretações. O Direito do Trabalho sempre rendeu posicionamentos conflitantes entre os juristas devido às suas particularidades, principalmente quanto aos limites de liberdade na pactuação do vínculo de emprego, já que muitas regras são imperativas e constitucionalmente garantidas.

Os argumentos para classificar o Direito do Trabalho como um ramo de Direito Público estão assentados no raciocínio de que a livre manifestação da vontade dos contratantes sofre intervenção estatal, que dispõe de regras imperativas e deixa a mínima margem de negociação entre as partes. “Soma-se, ainda, a estes, argumentos a irrenunciabilidade e a impossibilidade de se reconhecer o conteúdo contratual das normas trabalhistas.”¹⁶

Por outro lado, os defensores do Direito do Trabalho como um ramo de Direito Privado, esclarecem que outros ramos do Direito também estão subordinados às regras imperativas do Estado, tais como o Direito do Consumidor e da Família, mas nem por isso pertencem ao Direito Público.

268

Assim, conclui Mauricio Godinho Delgado¹⁷:

[...] não há como se escapar da conclusão de que o ramo justralhista situa-se no quadro componente do Direito Privado. À medida que a categoria nuclear do Direito do Trabalho é essencialmente uma relação entre particulares (a relação empregatícia), esse ramo jurídico, por sua essência, situa-se no grupo de ramos do Direito Privado – em que preponderam relações próprias à sociedade civil, pactuadas entre particulares.

Em síntese, há consenso, atualmente, de que o Direito do Trabalho é um ramo de Direito Privado, por se tratar de uma relação entre particulares, embora com observância e respeito às normas imperativas estatais que visam conter os abusos dessa relação assimétrica.

Não obstante, com a pandemia do Covid-19 e as medidas emergenciais trabalhistas promovidas pelo Governo Federal que serão

16 ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho Esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 51-52

17 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 2017. p.79

abordadas no tópico seguinte (Medidas Provisórias ns. 927, 936 e 944), observa-se que a relação empregatícia passa a ter participação direta do Poder Público, não somente na elaboração de normas imperativas, como também no subsídio de parte do salário dos empregados. Portanto, ao menos durante o período de calamidade pública, ou enquanto vigente a adoção das medidas emergenciais trabalhistas, o vínculo de emprego não se restringe mais apenas aos particulares, já que o Governo Federal, além de flexibilizar normas, também ingressa diretamente nessa relação com o custeio parcial dos salários dos empregados.

Nesse cenário, constata-se que a natureza jurídica do Direito do Trabalho se torna híbrida (privada e pública), ao menos durante a participação direta do Governo Federal na relação empregatícia. Essa condição, por certo, reflete e atenua a incidência do poder empregatício conferido ao empregador, que tem a liberdade na direção do seu negócio, mas também passa a compartilhar com o Poder Público os riscos do negócio (art. 2º da CLT), quando, por exemplo, há participação de verba pública no custeio de salários dos empregados ou financiamento da folha de salários em condições diferenciadas.

5 MEDIDAS EMERGENCIAIS TRABALHISTAS DE ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL

O avanço da pandemia de Covid-19 no País provocou a edição de Decretos Estaduais que determinaram a suspensão temporária de várias atividades econômicas consideradas não essenciais, além de medidas e recomendações para o distanciamento social. Evidentemente que, diante das restrições sanitárias que reduziram a circulação de pessoas, além da imposição do fechamento dos comércios e indústrias não essenciais, as relações de trabalho sofreram profundo impacto.

Nesse contexto, o Governo Federal, no afã de preservar empregos e a saúde financeira das empresas, publicou as Medidas Provisórias ns. 927/2020 e 936/2020, que preveem a flexibilização de diversas normas trabalhistas, além da Medida Provisória n. 944/2020, que instituiu o Programa Emergencial de Suporte a Empregos. A Medida Provisória n. 927/2020, no

seu art. 2º, previu a possibilidade de acordos individuais, entre empregado e empregador, estabelecerem condições para manutenção do emprego, “com preponderância sobre os demais instrumentos normativos, legais e negociais, respeitados os limites estabelecidos na Constituição.”¹⁸ Além disto, o art. 3º elencou e disciplinou oito mecanismos para os empregadores adotarem com o intuito de preservarem os empregos. A Medida Provisória n. 936/2020, por seu turno, instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e Renda, com a previsão de redução da jornada e salários, bem como a suspensão dos contratos de trabalho, mediante o pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda por parte do Governo Federal.

Imprescindível notar que ambas Medidas Provisórias contêm, em seu bojo, a menção expressa de que se tratam de disposições que visam à preservação do emprego e da renda. O art. 2º da MP n. 936/2020 é enfático nesse sentido, ao disciplinar, em seus três incisos, os objetivos do Programa, que são: I – preservar emprego e a renda; II – garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais; e III – reduzir o impacto social decorrente das consequências do estado de calamidade pública e de emergência de saúde pública.¹⁹ Aliado a isso, a Medida Provisória n. 944/2020 instituiu linhas de crédito para o custeio dos salários dos empregados pelas empresas, com carência de seis meses para o início do pagamento e um prazo de trinta e seis meses para quitação (art. 5º, incisos II e III).

Entretanto, em que pese as novas normas tenham por objetivo a preservação de emprego e renda, o Governo Federal, de forma singela, apenas conferiu a estabilidade provisória no emprego aos empregados sujeitos à redução de salários/jornada e a suspensão de contrato de trabalho, mas restrito a um período limitado, correspondente ao mesmo tempo de aplicação das novas regras no contrato de trabalho. Dessa sorte, em que pese todos os esforços envidados pelo Governo Federal, emerge o paradoxo sobre a possibilidade de o empregador, ignorando todas as medidas emergenciais,

18 Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm> Acesso em: 27 jun. 2020.

19 Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm> Acesso em: 27 jun. 2020

detenha integralmente o poder diretivo e disciplinar para efetivar as despedidas de empregados durante o período de calamidade pública.

6 A RELATIVIZAÇÃO DO PODER EMPREGATÍCIO PARA AS DESPEDIDAS INDIVIDUAIS, COLETIVAS E POR JUSTA CAUSA DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

A pandemia de Covid-19 impactou diretamente a sociedade e, notadamente, as relações de emprego, haja vista a adoção de medidas sanitárias que restringiram as atividades econômicas não essenciais, bem como a circulação das pessoas. Sem a circulação de bens e serviços, ocorreu uma vertiginosa queda da demanda e da produção que, atrelada aos custos de manutenção das empresas ativas ainda que momentaneamente inoperantes, desencadearam, por consequência, a conduta, por parte de algumas empresas, da imediata despedida dos seus empregados, mesmo sem que outras alternativas, se viáveis, fossem cogitadas, avaliadas e praticadas.²⁰ De fato, o empregador, por assumir os riscos do negócio (art. 2º da CLT) é o detentor do poder empregatício, o que lhe garante a autonomia necessária para gerir e administrar a sua atividade econômica.

271

Nesse contexto, tem-se que liberdade para definir sobre a necessidade de dispensa dos empregados decorre do poder diretivo ou disciplinar, que são espécies de manifestação do poder empregatício. Sobre o tema, leciona Mauricio Godinho Delgado:

Um dos mais importantes efeitos próprios ao contrato de trabalho é, como já indicado no capítulo anterior, o poder empregatício. Em suas diversas dimensões – diretiva, regulamentar, fiscalizatória, disciplinar –, esse poder concentra um conjunto de prerrogativas de grande relevo socioeconômico, que favorecem, regra geral, a figura do empregador, conferindo-lhe enorme influência no âmbito do contrato e da própria sociedade.²¹

A questão cinge-se em definir se, durante o período de pandemia

20 Disponível em: <<https://www.nsctotal.com.br/colunistas/pedro-machado/desemprego-sobe-mesmo-apos-flexibilizacao-e-sc-ja-soma-530-mil-demissoes>> Acesso em: 2 jul. 2020

21 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 2017. p. 748.

de Covid-19, mesmo diante das medidas emergenciais que flexibilizam as normas trabalhistas e inserem o Poder Público como parte da relação empregatícia (com subsídio parcial dos salários e/ou financiamento em condições especiais), haveria a manutenção incólume do poder empregatício atribuído ao empregador na direção de seu negócio, notadamente quanto à liberdade para efetuar despedidas de empregados injustificadamente.

Nessa perspectiva, não se desprezam os prejuízos ora sofridos pelas empresas e as dificuldades enfrentadas para sobrevivência dos seus negócios. Mas, de outro lado, em um momento de crise humanitária de âmbito internacional, também os empregados padecem, já que dependem, fundamentalmente, da renda obtida com o emprego para manterem a sua subsistência e de seus familiares.

É preciso ter em mente que, atualmente, a decisão do empregador pela dispensa dos seus empregados atinge toda a sociedade, pois o Poder Público arcará com a subsistência do desempregado (seguro-desemprego, auxílio emergencial e bolsa-família, por exemplo) e a economia tende a ruir sem a circulação de dinheiro e poder aquisitivo dos consumidores.

A situação é complexa e sem precedentes. Não por outra razão que as medidas emergenciais trabalhistas, promovidas pelo Governo Federal, também têm caráter excepcionalíssimo, inclusive com relativização de normas constitucionais (redução de salário/jornada e suspensão do contrato de trabalho), além da participação direta no subsídio parcial dos salários dos empregados. Dessa sorte, não parece razoável que a solução para o momento esteja na desenfreada despedida dos empregados, seja ela individual, coletiva ou motivada (por justa causa), como primeira opção para manutenção dos negócios.

6.1 Despedidas individuais: relativização do poder diretivo do empregador

No exercício do poder diretivo (espécie de poder empregatício), o empregador detém o direito potestativo de efetivar a despedida individual de empregados, desde que observados os requisitos formais, bem como não haja violação de garantias de emprego (instituídas por lei ou norma coletiva), além de não se tratar de uma dispensa discriminatória (Lei n. 9.459/97).

Interessante lembrar que, no Brasil, o art. 492 da CLT dispunha sobre a estabilidade decenal do empregado, que foi superada pelo advento do FGTS (Lei n. 5.107/66), embora facultativa a opção, sendo que somente restou extinta com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Além disso, pertinente mencionar, também, a Convenção n. 158 da OIT, que foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 68/1992 e promulgada pelo Decreto n. 1.855/1996, que dispõe, no art. 4º, que não ocorre o término da relação de trabalho “se não existir causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.” Portanto, com a ratificação da Convenção n. 158 da OIT, se tornou inviável a dispensa de empregados sem que houvesse justificativa prévia, seja pela capacidade técnica, seja por uma questão econômica da empresa.

Ocorre, todavia, que, pelo teor do Decreto n. 2.100/1996, a Convenção n. 158 deixou de vigorar no Brasil, haja vista a denúncia encaminhada à OIT. De todo modo, ainda está pendente de julgamento, perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.625-3, em que se discute a constitucionalidade da referida denúncia do Governo Federal. Portanto, por ora, ainda tem prevalência o disposto na Constituição Federal de 1988 sobre a temática.

Com efeito, o art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988 dispõe que a relação de emprego será “protegida contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.” No entanto, até o momento não foi elaborada a lei complementar para disciplinar a matéria, motivo pelo qual ainda se aplica o art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). O referido dispositivo prevê:

Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

I – fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput*, § 1º, da Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966; [...]

Desse modo, tem-se que a dispensa imotivada gera o direito do empregado a receber a indenização equivalente a 40% sobre o montante de

depósitos de FGTS durante a contratualidade, porquanto o art. 6º da Lei n. 5.107/66 previa o depósito de 10%. Nesse caso, é certo que, em tempos normais, em atenção à norma constitucional vigente e ao livre exercício do poder diretivo, o empregador detém o direito potestativo de efetuar as despedidas dos empregados, sem qualquer justificativa, apenas mediante o pagamento da indenização sobre os depósitos de FGTS (40%) e das demais verbas resilitórias inerentes ao vínculo de emprego (férias proporcionais, décimo terceiro proporcional e aviso-prévio).

Ocorre que o momento é excepcional e várias normas trabalhistas foram flexibilizadas, inclusive com a participação do Governo Federal no subsídio de parte dos salários dos empregados, com o intuito de que os empregos sejam preservados e se evite um possível colapso social-econômico. Daí por que não é coerente que a empresa, a despeito de todas as alternativas legais, efetue, deliberadamente, despedidas individuais injustificadas, que irão onerar ainda mais o Poder Público, e contribuirão para o agravamento do cenário econômico nacional em decorrência da elevação dos índices de desemprego.

274

Justamente para momentos como esse é que se torna indispensável a conjugação de princípios constitucionais, notadamente de proteção da dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho e a função social da empresa. Ressalta-se, pois, que a função social da empresa, que em tempos normais é de geração de empregos e riqueza, hodiernamente é de manutenção do máximo possível de postos de trabalho. Não se trata de vedação ao despedimento para fins de sobrevivência da empresa, até porque não se desconhece do elevado custo da mão de obra. É, em verdade, buscar soluções que mitiguem o número de despedimentos de empregados, principalmente diante das alternativas postas à disposição dos empregadores pelo Governo Federal.

Os argumentos ora articulados também foram firmados pelo Enunciado n. 02, editado pela Escola Judicial do Tribunal Regional da 4ª Região, como segue:

ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS/
COVID-19. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. CONDIÇÕES.

I – É possível a rescisão do contrato de emprego sem justo motivo

por parte do empregador, isso em razão de que o artigo 7º, I, da CF/88 não está ainda regulamentado.

II – Ante a excepcionalidade do período de pandemia, há permissivo legal para maior intervenção estatal nos contratos privados (art. 421, § único, do CC), devendo-se objetivar a manutenção da relação de emprego, em razão do que preceituam os artigos 1º, III, IV, 3º, I, 170, *caput* e inciso VIII, da Constituição, além do princípio da solidariedade e observância da função social que limita a liberdade contratual na relação de emprego (e.g., art. 421 do CC).

III – Em tal contexto, o direito de dispensa sem justa causa apenas pode ser exercido como medida extrema, quando já tentadas outras ações habilitadas à preservação da empresa e do emprego, sujeitando-se ao ônus da prova quanto à essencialidade das despedidas para a manutenção da empresa e preservação da estrutura empresarial e econômica.

Assim sendo, verifica-se que, embora o empregador possa efetivar as despedidas individuais, por ser um momento excepcional, é oportuno que seja analisada a viabilidade da adesão das medidas emergenciais trabalhistas editadas pelo Governo Federal, para evitar ao máximo a ocorrência das despedidas injustificadas, o que consolida a responsabilidade social da empresa, o respeito ao trabalho humano e a dignidade dos empregados.

275

6.2 Despedidas coletivas: relativização do poder diretivo do empregador

As dispensas coletivas também são fruto da manifestação do poder diretivo do empregador, com implicações idênticas quanto à indenização e as verbas resilitórias, mas com a diferença em relação às dispensas individuais no que toca ao número maior de empregados despedidos no mesmo ato. Nesse cenário, oportuno esclarecer que a *dispensa coletiva, em massa ou lay off, é a que decorre de um único ato do patrão para afastamento simultâneo de uma gama de empregados pelo mesmo motivo: redução do quadro de empregados. Normalmente é praticada por dificuldade financeira que atravessa a empresa.*²²

Vale relembrar que as dispensas coletivas, antes do advento da Lei n. 13.467/2017, segundo entendimento que havia sido consolidado no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, somente eram possíveis mediante

22 CASSAR. Vólia Bonfim, et al. **Constituição Federal Comentada**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 709.

a prévia negociação coletiva, tendo em vista o impacto social e econômico que causam.²³ Contudo, a Reforma Trabalhista incluiu o art. 477-A na CLT, que prevê a desnecessidade de autorização sindical ou negociação coletiva para quaisquer tipos de despedimento (individual, plúrima ou coletiva). A partir de então, se se utilizar da interpretação literal do referido dispositivo celetista, as despedidas sob qualquer modalidade não possuem diferença quanto às formalidades necessárias, embora os impactos sociais e econômicos, evidentemente, são bem distintos.

Nesse sentir, se as despedidas individuais devem ser uma exceção, com muito mais justificativa as coletivas também devem ser evitadas durante a calamidade pública, já que tem uma repercussão ainda mais negativa na sociedade. Assim, considerando o panorama atual de calamidade pública, por certo que as despedidas em massa, sem que tenham sido esgotadas todas as alternativas que evitem essa medida extrema, se mostram em descompasso com a ordem constitucional vigente.

276

Ressalta-se os esforços do Poder Público em promover flexibilizações e condições excepcionais para manutenção dos contratos de trabalho. Atrelado a isso, o princípio da dignidade humana, o exercício da livre iniciativa com o respeito ao valor social do trabalho e, ainda, a função social da empresa, demonstram que não há respaldo no ordenamento jurídico para despedidas coletivas injustificadas, principalmente no momento de grave crise econômica e social.

De fato, não se ignora o argumento pela aplicação do art. 477-A da CLT de forma literal, assim como do poder diretivo que autoriza a despedida de empregados de forma injustificada mediante indenização (art. 7º, I, Constituição Federal e art. 10 do ADCT). Mas o contexto atual exige que o empregador enxergue o seu papel fundamental dentro da estruturação da economia nacional e atente a sua responsabilidade social, sob pena de se criar um ambiente social crítico diante da vulnerabilidade dos desempregados.

Nesse panorama, o Governo Federal, com as Medidas Provisórias ns. 927 e 936, cumpriu seu papel de oferecer uma gama de possibilidades

23 Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2017-dez-01/reflexoes-trabalhistas-dispensa-coletiva-antes-depois-reforma-trabalhista> > Acesso em: 3 jul. 2020

para os empregadores evitarem as despedidas dos empregados. Então, não se mostra coerente e razoável que se mantenha incólume o direito potestativo para efetuar as dispensas, principalmente coletivas, que causam um grande dano social e desvalorizam o direito fundamental ao trabalho.

6.3 Despedidas motivadas (Justa Causa): relativização do poder disciplinar do empregador

As despedidas motivadas estão calcadas em faltas graves praticadas pelo empregado no curso do contrato de trabalho, tipificadas no art. 482 da CLT, e são consequência do exercício do poder disciplinar pelo empregador. No entanto, ressalta-se que a dispensa por justa causa tem efeitos ainda mais drásticos ao empregado, do que os verificados nas despedidas individuais ou coletivas. Isso porque, nesse caso, não há indenização sobre o FGTS tampouco acesso ao seguro-desemprego e, nem mesmo, pagamento de verbas resilitórias (com exceção às férias vencidas e saldo de salário, se existentes). Dessarte, o empregado dispensado por justa causa perde, inesperadamente, a sua fonte de subsistência e sequer tem chance de acessar os benefícios sociais que lhe pudessem garantir o sustento até a sua recolocação no mercado de trabalho.

277

Não por outro motivo que as dispensas por justa causa, mesmo em tempos normais, devem seguir critérios e princípios rígidos, tais como a imediatidade entre a conduta e a aplicação da justa causa, a proporcionalidade entre a falta e a pena e, também, a observância para gradação de penalidades (advertências, suspensões e justa causa). De fato, tais dispensas, por estarem fundadas por uma falta grave cometida pelo empregado, para serem evitadas, não podem ter como argumento apenas a função social da empresa, os valores sociais do trabalho ou a relativização do poder disciplinar. A questão, nesse ponto, é diferente.

Não se nega que persiste no ordenamento jurídico a possibilidade da aplicação da justa causa pelo empregador. Mas, consideradas as consequências ainda mais gravosas ao empregado no cenário atual, esta análise deve ser bastante criteriosa e sensata, até porque a despedida motivada provocará a exposição do empregado à situação crítica de sua subsistência, já que as novas vagas de trabalho estão escassas nesse período de calamidade

pública.

Nesse contexto, tendo em vista que diversas normas trabalhistas foram flexibilizadas, também a análise de faltas cometidas, inclusive quando a dispensa estiver fulcrada em ato único grave, merece revisão. É preciso que sejam contidos eventuais excessos na aplicação da penalidade, no sentido de que, se possível, sejam utilizadas outras medidas disciplinares (tais como, advertência e suspensões) para atingir, com parcimônia e bom senso, o fim pedagógico almejado pelo exercício do poder disciplinar.

Ademais, tem-se que o Poder Judiciário deverá se manter atento para coibir que empresas se utilizem do subterfúgio de supostas justas causas infundadas e/ou desproporcionais, apenas para se eximir do pagamento das verbas resilitórias imediatamente, que somente se tornarão devidas se houver a reversão pela Justiça do Trabalho.

6.4 Algumas alternativas dos empregadores em detrimento das despedidas dos empregados

278

Após a exposição da argumentação para a relativização do poder empregatício, notadamente quanto ao exercício do poder diretivo e disciplinar do empregador para efetivar as despedidas de empregados durante o período de calamidade pública, é possível sugerir hipóteses de condutas a serem adotadas pelas empresas para atravessarem esse momento de turbulência da economia.

Nesse norte, como frisado anteriormente, as empresas dispõem de ferramentas legais para flexibilizar várias normas trabalhistas, reduzir jornada/salário, suspender contratos de trabalho e, ainda, financiar a folha de pagamento com condições especiais.

A par disso, a negociação coletiva também se mostra como um instrumento altamente eficaz para que sejam pactuadas convenções ou acordos coletivos que, com criatividade, atenuem o impacto financeiro das empresas e mantenham o máximo de empregos possíveis. Nesse caso, é plausível que sejam feitas tratativas coletivas em que os próprios empregados que, porventura, possuam outras alternativas de subsistência além do emprego, coloquem-se à disposição para serem despedidos. Até porque a obrigatoriedade na manutenção do emprego, com a redução de

salário e jornada, ou a suspensão do contrato, pode também não se tornar vantajosa para alguns empregados. Indo mais além, a instituição de Planos de Demissão Voluntária (PDV) e de aposentadoria incentivada também se revelam como mecanismos que podem surtir efeitos para as empresas reduzirem seus quadros de empregados, sem que haja, necessariamente, o despedimento de pessoas que tem no emprego a sua única fonte de subsistência.

Assim, denota-se que existem várias alternativas para o empregador evitar, o máximo possível, a dispensa de empregados neste momento. Evidentemente que são necessários esforços, estratégias e criatividade, mas que, certamente, demonstrarão a responsabilidade social do empregador, o que valorizará, inclusive, a sua marca e posição do mercado.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade vive um momento de crise sem precedentes, em que todos os negócios, de alguma forma, são afetados pela pandemia de Covid-19. As medidas sanitárias para conter a propagação do vírus, notadamente o isolamento social, impactaram diretamente nas atividades econômicas e, por consequência, influenciaram a manutenção dos empregos.

Como pontuado no transcórre do presente artigo, não se desmerece a dificuldade dos empregadores em manterem seus negócios financeiramente saudáveis, mesmo porque, sem eles, não há emprego, renda e geração de riqueza.

Por outro lado, é fato que medidas excessivas que apenas objetivam o lucro, especialmente neste momento crítico, mostram-se desarrazoadas e incompatíveis com os preceitos constitucionais que garantem o livre exercício das atividades econômicas, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a função social das empresas.

Para que tenhamos uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º da Constituição Federal), tais como as primeiras dimensões de direitos humanos (liberdade, igualdade e fraternidade), é indispensável que a sociedade reflita de forma coletiva, uma vez que a retomada econômica dependerá essencialmente de todos (Poder Público, empregadores e empregados).

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Medida Provisória n. 927**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm> Acesso em: 27 jun. 2020.

_____. **Medida Provisória n. 936**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv936.htm> Acesso em: 27 jun. 2020.

CASSAR, Vólia Bonfim et al. **Constituição Federal Comentada**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACHADO, Pedro. Desemprego sobe mesmo após flexibilização e SC já soma 530 mil demissões, aponta pesquisa. 12 maio 2020. **NSC Total**. Disponível em: <<https://www.nsc total.com.br/colunistas/pedro-machado/desemprego-sobe-mesmo-apos-flexibilizacao-e-sc-ja-soma-530-mil-demissoes>> Acesso em: 2 jul. 2020

MELO, Raimundo Simão de. Dispensa coletiva antes e depois da reforma trabalhista. 1º dez. 2017. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-01/reflexoes-trabalhistas-dispensa-coletiva-antes-depois-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 3 jul. 2020

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

NETO, Silvio Beltramelli. **Direitos Humanos**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho Esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NOTA REMISSIVA: A elaboração do presente artigo ocorreu enquanto ainda vigentes as Medidas Provisórias ns. 927, 936 e 944. A MP n. 927 caducou em 19/07/2020 e, até o momento, não houve a edição do decreto

legislativo para regulamentar os seus efeitos, como dispõe o art. 62, § 3º, da Constituição Federal. A MP n. 936 foi convertida na Lei n. 14.020/2020. E a MP n. 944 caducará em 3-8-2020. De todo modo, as reflexões ora propostas se relacionam ao momento de vigência das medidas emergenciais editadas pelo Governo Federal, motivo pelo qual as posteriores modificações não implicam alteração do raciocínio desenvolvido no texto e, inclusive, ecoam para futuros momentos de crise humanitária, em que o senso coletivo é primordial para superação desses períodos de instabilidade.