

DISPENSA COLETIVA E NEGOCIAÇÃO

Carlos Alberto Reis de Paula*

Há momentos em que não se pode calar. Instado a colaborar nesse livro, em homenagem ao Ministro Rider Nogueira de Brito, vivo novamente esse tempo, à medida que o temos como credor de nossas reverências, por sua biografia que, se confunde com a própria história da Justiça do Trabalho, de que pelo menos parcialmente somos testemunha privilegiada. Sabemos que circunstâncias de vida não nos favorecem, porquanto o convívio com os temas do Direito Coletivo do Trabalho não integram o nosso cotidiano. O chamado do coração, ditado pela admiração e reconhecimento, leva-nos contudo a abraçar o desafio, apesar de nos faltar engenho e arte.

Elegemos o tema *dispensa coletiva e negociação*, movidos pela participação no julgamento, no nosso sentir e entender, histórico, da Seção de Dissídio Coletivo em 10 de agosto de 2009 no RODC 309/2009-000-15-00.4, em que recorrentes e recorridos Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região e outros, de um lado, e Embraer e outra, do lado oposto.

O raciocínio volta-se para o fato de a empresa ter dispensado número expressivo de empregados sob o fundamento do agravamento de uma crise econômica mundial, que a afetou de forma acentuada, com a necessária redução da produção de aeronaves decorrente do cancelamento de encomendas, sem perspectiva de retomada para breve dos níveis de produção como no último semestre de 2008. A empresa diz, mais, que a área em que atua depende essencialmente do mercado internacional, que se encontrava em franca retração, sem sinais de recuperação “para os próximos meses, ou talvez anos”.

Quid juris? (interrogação com que o professor Wilson Melo da Silva sempre iniciava as suas inesquecíveis aulas de Direito Civil na vetusta Casa de Afonso Pena – Faculdade de Direito da UFMG).

Em nosso sistema jurídico, apesar do princípio estampado no art. 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, a empresa pode dispensar o trabalhador sem motivação, ou por outra, sem justa causa. Exceções há, traduzidas

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília; membro efetivo da Academia Nacional de Direito do Trabalho.*

no art. 165, em relação aos membros das CIPAs, em que se exige motivação de ordem disciplinar, técnica, econômica ou financeira. Nas denominadas estabilidades provisórias, como as previstas para o dirigente sindical (art. 8º, VIII, da CF/88) e a empregada gestante (art. 10, inciso II, alínea *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da mesma Constituição), entre outras, são admitidas dispensas motivadas por justa causa.

Pelo texto constitucional que nos preside (art. 7º, inciso I), a proteção contra a dispensa individual arbitrária ou sem justa causa é assegurada, nos termos de lei complementar, “que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”. O texto é fruto de negociação entre os constituintes de 1988, e, em hermenêutica constitucional, não remete ao legislador ordinário assegurar apenas o direito à indenização ao empregado. O tempo que corre inexorável, quase vinte e dois anos da promulgação da Carta Magna, consagra no mundo dos fatos a perenidade de norma que nasceu com o caráter de provisória. É a nossa, por que não dizer, triste realidade.

Vivemos em um mundo globalizado, bem o sabemos, o que nos dispensa explicitações. Não menos fato é que o longe não mais existe, pois enquanto a matriz dorme, atividades, até de ordem financeira que a alcançam, se desenvolvem em outra parte do planeta. A nova organização empresarial se faz em rede, realidade presente na governança empresarial.

Como dito por Amauri Mascaro Nascimento (LTr 73-01/9-1973 e 01/25, jan. 2009):

“Nosso Direito voltou-se para as dispensas individuais, e nesse sentido é que se dirige a sua construção legal, doutrinária e jurisprudencial, apesar da realidade mais rica e expansiva das relações de trabalho.”

Afinal, o que é dispensa coletiva?

A nossa legislação permanece muda.

Orlando Gomes (LTr, ano 38, p. 575-579, jan. 1974) pontifica que demissão coletiva

“é a rescisão simultânea por motivo único, de uma pluralidade de contratos de trabalho numa empresa, sem substituição dos empregados dispensados.”

Sem buscar cotejos de conceituações, podemos dizer que a dispensa coletiva importa o desligamento simultâneo de número significativo de empregados, movida a empresa por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos.

Algumas legislações, como a alemã, estabelecem número certo para que se considere uma dispensa como coletiva. Outras preferem ficar na natureza jurídica do instituto, em vez de se apoiarem em critério estritamente numérico.

A Constituição Federal de 1988 positivou e inaugurou o novo paradigma do *Estado Democrático de Direito*, a exigir uma nova postura do Judiciário, mais adequada às ideias concebidas dentro desse novo contexto jurídico. O trabalho, manifestação da personalidade, é o instrumento pelo qual alguém passa de indivíduo a pessoa e passa a ter respeito no ambiente social em que se manifesta. Pelo trabalho humano se produzem os bens da vida, enquanto se criam, transformam ou se adaptam os recursos naturais, para a satisfação das necessidades humanas individuais e coletivas. A agregação de valores a esses recursos propicia o surgimento de capital. Sob essa ótica, em um regime capitalista, como o nosso, indiscutivelmente o capital e o lucro têm finalidades sociais.

Oportunas as palavras de Menelick de Carvalho Neto (“A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito”, *Revista Notícia do Direito Brasileiro*, p. 245) ao prelecionar que:

“No paradigma do Estado Democrático de Direito, é preciso requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e as regras constitutivas do direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do direito, quanto no sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.”

Assim posta a questão, somos levados a pensar no positivismo. No pensamento característico dessa corrente, o ordenamento jurídico é tido como um sistema fixo de regras que regulam todo o âmbito da conduta humana. Se assim o é, a ideia de um sistema fixo implica reconhecer que este poderá apresentar lacunas legais em relação a certos casos. Nesses casos, a discricionariedade do juiz exerceria o importante papel de preencher essas lacunas, criando e aplicando retroativamente uma nova norma jurídica, que decorreria de um direito preexistente para, assim, manter a ilusão da certeza jurídica.

Nessas hipóteses, consideradas pelo positivismo como *hard cases*, em que não há uma regra estabelecida dispondo claramente sobre o caso, uma das partes pode mesmo assim ter um direito preestabelecido de ter a pretensão assegurada. Cabe ao juiz descobrir quais são esses direitos, mas isto não poderá ser obtido com auxílio de algum método ou procedimento mecanicista. Dworkin deixa claro que se trata, primeiramente, de uma postura a ser adotada pelo aplicador

diante da situação concreta e com base nos princípios jurídicos, entendidos em sua integridade. Na ótica de Dworkin (*O Império do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 1999, p. 229), entender os princípios em sua integridade pressupõe que

“O conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflitos.”

O Direito deve ser visto como um todo, em seu conjunto. Estamos nos afastando da ótica positivista, mas mergulhando naquilo que é denominado de pós-positivismo, em que pontifica Paulo Bonavides (*Direito Constitucional*, 1998, p. 265), revelando que lhe é próprio a consagração da teoria da força normativa dos princípios e a sua prevalência. Isto importa a perda do caráter meramente programático dos princípios para o reconhecimento de sua concretude, ao deixarem de ser uma mera especulação metafísica em proveito do campo concreto e positivo do Direito (com letra maiúscula). Os princípios são vistos como integrantes do gênero *norma*, situados no mesmo patamar das regras legais positivadas.

Nessa linha jusfilosófica é que se sedimenta o magistério do nunca por demais lembrado Menelick Carvalho Neto (*op. cit.*, p. 246) ao dizer que:

“O aplicador deve exigir então que o ordenamento jurídico se apresente diante dele não por meio de uma única regra integrante de um todo passivo, harmônico e predeterminado que já teria de antemão regulado de modo absoluto a aplicação de suas regras, mas em sua integralidade, como um mar revolto de normas em permanente tensão concorrendo entre si para regerem situações.”

A discussão se assenta, pois, na eficácia dos princípios do direito.

Afinal, o que são *princípios*?

Como sempre, oportunas as palavras de Américo Plá Rodriguez (*Princípios de Direito do Trabalho*, trad. de Wagner D. Giglio, São Paulo: LTr/EDUSP, 1978, p. 11) quando destaca, ao abordar o tema título do livro, que:

“Consideramos importante o tema, não apenas pela função fundamental que os princípios sempre exercem em toda disciplina, mas também porque, dada sua permanente evolução e aparecimento recente, o Direito do Trabalho necessita apoiar-se em princípios que supram a estrutura conceitual, assentada em séculos de vigência e experiência

possuídas por outros ramos jurídicos. Por outro lado, seu caráter fragmentário e sua tendência para o concreto conduzem à proliferação de normas em contínuo processo de modificação e aperfeiçoamento. Por isso se diz que o Direito do Trabalho é um direito em constante formação. Compreende-se então que, o que Cretella Júnior chama a principiologia adquira uma maior significação, porque constitui o alicerce fundamental da disciplina, que se mantém firme e sólida, malgrado a variação, fugacidade e profusão de normas.”

Especificamente sobre a interrogação, com o uruguaio Eduardo J. Couture (*Vocabulário jurídico*, Montevideu, 1960, p. 489) aprendemos que é:

“Enunciado lógico extraído da ordenação sistemática e coerente de diversas normas de procedimento, de modo a outorgar à solução constante destas o caráter de uma regra de validade geral.”

Já em Miguel Reale (*Filosofia do Direito*, Saraiva, São Paulo, 2005, p. 60 e segs.) temos que:

“Os princípios são os fundamentos que servem de alicerce ou garantia e certeza a um conjunto de juízos.”

Se possível for fixar uma visão sintética, os princípios têm, portanto, função interpretativa, integrativa e construtiva.

As normas constitucionais referentes à tutela do obreiro compõem o microssistema constitucional de proteção ao trabalhador. Esse microssistema reflete a própria essência e finalidade do Direito do Trabalho, qual seja, “a preservação e tutela do hipossuficiente”. Integrariam esse microssistema as normas constitucionais que preveem a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a garantia do desenvolvimento nacional.

Nessa linha de divagação, o que a Constituição Federal enuncia sobre as questões coletivas?

Há de se partir de que a negociação é inerente ao Direito Coletivo. O art. 114 do Texto Maior, ao fixar a competência da Justiça do Trabalho, em seu § 1º, aborda a negociação para, no parágrafo que se segue, estabelecer que:

“Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica.”

No texto constitucional, todos os institutos, quando se trata de conflito de natureza coletiva, se vinculam à negociação. Nesse primeiro enfoque, não

pode qualquer parte se recusar, por atitude infundada, a colaborar com a efetiva aplicação do instituto da negociação, já que princípio reitor no âmbito coletivo. Afinal, em um *Estado Democrático de Direito*, a ninguém, pessoa natural ou instituição, se reconhece o direito de não contribuir para o bem comum.

O Código Civil de 2002 consagra a boa-fé objetiva como princípio norteador dos contratos que têm natureza meramente privada. A esse passo, oportuna a lição de Wagner Balera (*Valor social do trabalho*, LTr, 58, p. 170) ao asseverar que:

“O Direito do Trabalho será o maior entrave aos abusos da liberdade de mercado, e fixará os limites dessa mesma liberdade.”

Para os que não perdem de vista a natureza do direito que aplicam, obviamente a boa-fé tem maior incidência no âmbito do Direito do Trabalho.

Oportuno lembrar que o Direito do Trabalho, no regramento positivo brasileiro, foi o primeiro a dar trato legal às questões coletivas. A história do direito pátrio torna irrefutável a afirmativa.

Em outra face, a leitura do art. 8º, III, da Constituição revela que os sindicatos existem para a defesa dos interesses individuais e coletivos da categoria. Além disso, pelo disposto no inciso VI do mesmo artigo descobre-se a preocupação do legislador constituinte em garantir o equilíbrio das partes na negociação coletiva e evitar que os acordos ou convenções coletivas de trabalho se apresentem como legítimas imposições da vontade do empregador, ao estabelecer que “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”.

Releva destacar que o artigo está inserido no Título II da Constituição Federal – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Sem querer adentrar no mérito de rico debate, não posso, todavia, deixar de sublinhar, a esse passo, o disposto no art. 5º da mesma Carta:

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

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Consigo resistir à tentação de não enveredar essa reflexão pelas trilhas de tema tão provocativo, para não perder o fio da meada, como nós, mineiros, dizemos.

Não se pode olvidar que na relação de emprego há uma visão tríplice: a importância do trabalho para o trabalhador, como sua fonte de sobrevivência, e de sua família; de outro lado, o empregador há de sempre buscar manter sua empresa em condições de sustentabilidade, inclusive para dar a devida segurança aos empregados; por último, a própria sociedade, a quem se volta o resultado do trabalho despendido, e na hipótese de um desemprego, sobretudo o massivo, sempre responderá pelas consequências sociais inevitáveis dessa situação.

Essa visão se amolda ao previsto no art. 1º, IV, da Constituição Federal pelo qual:

“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.”

A celebração da relação de emprego se faz por meio de contrato, em um acordo tácito ou expresso, consoante o disposto no art. 442 da CLT. Como salienta Messineo (*Doctrina general del contrato*, trad. esp. Fontanarrosa, Sentís Melendo e Volterra, Buenos Aires, 1952, cap. 1, nº 1), a instituição jurídica do contrato decorre da instituição jurídica da propriedade. Tecnicamente, é instituição pura de direito privado, em regimes que admitem a propriedade individual. A lição de San Tiago Dantas (*Evolução contemporânea do direito contratual*, RT, 195/144) é definitiva:

“O direito contratual do início de século XIX forneceu os meios simples e seguros de dar eficácia jurídica a todas as combinações de interesses; aumentou, pela eliminação quase completa do formalismo, o coeficiente de segurança das transações; abriu espaço à lei da oferta e da procura, levando as restrições legais à liberdade de estipular; e se é certo que deixou de proteger os socialmente fracos, criou oportunidades amplas para os socialmente fortes, que emergiam de todas as camadas sociais, aceitando riscos e fundando novas riquezas.”

Se essa era visão sob a égide do Código Civil de 1916, houve uma mudança do perfil político-ideológico com o novo Código Civil com a adoção das denominadas cláusulas gerais dentre as quais se destaca a estampada em seu art. 421, pelo qual:

“A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

A função social do contrato não elimina a autonomia privada, mas a restringe. Não estamos mais no regime puro do *pacta sunt servanda*, haurida do liberalismo dos séculos XVIII e XIX, porquanto a conservação do contrato, a sua manutenção, bem como a continuidade de execução subordinam-se às regras da equidade e do equilíbrio contratual, em que os princípios reitores são a boa-fé objetiva e a função social do contrato. *Em síntese, não se pode reduzir o contrato às pretensões individuais dos contratantes. Há de ser um verdadeiro instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade.* Como bem lembra Nelson Nery Júnior (“Contrato no Código Civil – apontamentos gerais”, in: *O novo Código Civil – homenagem ao Professor Miguel Reale. Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes, Ives Gandra da Silva Martins Filho (Coords.)*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 447):

“O contrato estará conformado à sua função social quando as partes se pautarem pelos valores da solidariedade (CF, 3º, I) e da justiça social (CF, 170, *caput*), da livre iniciativa, for respeitada a dignidade da pessoa humana (CF, 1º, III), não se ferirem valores ambientais (CDC, 51, XIV), etc.”

Com essa visão de contrato, oriunda do Código Civil de 2002, é que temos de apreciar os contratos de trabalho cuja extinção ocorre na dispensa coletiva. Ou será que os princípios do contrato, estabelecidos no Código Civil, não se aplicam ao Direito do Trabalho?

A uma única conclusão chegamos, pelas premissas assentadas ao longo dessa reflexão: a negociação é indispensável em dispensa coletiva.

Bem de se ver que a dispensa coletiva não é repudiada em nosso ordenamento jurídico. Em observância, contudo, aos *princípios* assentados em linhas volvidas temos que está condicionada à negociação, que em nosso entender pode ser *prévia* ou *a posteriori*, inclusive perante o Poder Judiciário, mais precisamente a Justiça do Trabalho a que está afeta a competência, quer por força do inciso III, quer do inciso II, ambos do art. 114 da Constituição Federal, o último em condições muito específicas.

Parece-me oportuno que se pontuem algumas linhas sobre a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, aprovada na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra – 1982) e que entrou em vigor no plano internacional em 23 de novembro de 1985.

Essa Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional em 17 de setembro de 1992 (Decreto Legislativo nº 68), sendo ratificada pelo Governo brasileiro em 4 de janeiro de 1995, para vigorar doze meses depois. Sua eficácia

jurídica no território nacional só se verificou a partir do Decreto nº 1.855, de 10 de abril de 1996, com o qual foi publicado o texto oficial no idioma português, promulgando a sua ratificação.

Passados sete meses, o governo brasileiro denunciou a ratificação da Convenção mediante nota enviada ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, assinada pelo Embaixador-Chefe da Delegação Permanente do Brasil em Genebra (Ofício nº 397, de 20.11.96). Com o Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996, o Presidente da República promulgou a denúncia, anunciando que a Convenção deixaria de vigorar no Brasil a partir de 20 de novembro de 1997. A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura ajuizou a *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.625-3*, que os Ministros Maurício Corrêa (relator) e Carlos Britto julgaram procedente, em parte, para, emprestando ao Decreto Federal nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996, interpretação conforme o art. 49, inciso I, da Constituição Federal, determinar que a denúncia da Convenção nº 158 da OIT condiciona-se ao referendo do Congresso Nacional, a partir do que produz a sua eficácia. Já o Ministro Nelson Jobim julgou improcedente a ação, ao passo que o Ministro Joaquim Barbosa a julgou totalmente procedente. Com vista dos autos, desde 03 de junho de 2009, a Ministra Ellen Gracie.

O art. 13 da Convenção nº 158 preconiza que, havendo dispensas coletivas por motivos econômicos, técnicos, estruturais ou análogos, o empregador deverá informar oportunamente à representação dos trabalhadores, manter negociações com essa representação e notificar a autoridade competente, cientificando-a da sua pretensão, dos motivos da dispensa, do número de trabalhadores atingidos e do período durante o qual as dispensas ocorrerão.

Particularmente sobre o direito à reintegração de empregados atingidos por dispensa coletiva, em que ausente a negociação, na ordem do raciocínio que estou a seguir, infelizmente, entendo inexistir no nosso ordenamento jurídico. Para nós, o art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, reclama lei complementar para regular a matéria, como expressamente previsto, o que fica patenteado com a análise dos Anais da Constituinte de 1988. Não nos podemos esquecer da doutrina sobre a reserva de lei, em sua acepção de “reserva de Parlamento”, a exigir que certos temas, dada a sua relevância, sejam objeto de deliberação democrática, em um ambiente de publicidade e discussão, próprio das casas legislativas. Busca-se assegurar, com esse procedimento, a legitimidade democrática para a regulação normativa de temas que atingem a sociedade de forma muito sensível.