

GARANTIA CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA (*)

Arnaldo Süssekind (**)

SUMÁRIO:

I — Da garantia de emprego na Assembléia Constituinte Brasileira	(§§ 01 e 02)
II — A ilusória estabilidade empregatícia da CLT	(§§ 03 a 07)
III — A tendência do Direito Comparado e o novo conceito de estabilidade	(§§ 08 a 16)
IV — OIT: da Recomendação 119/63 à Convenção 158/82	(§§ 17 a 22)
V — Análise da Convenção 158 e da Recomendação 166	(§§ 23 a 45)
VI — Conclusões	(§§ 46 a 48)

(*) Conferência proferida no Primeiro Seminário sobre Direito Constitucional do Trabalho promovido pela LTr (São Paulo, 16/18 de outubro de 1987).

(**) O autor é Ministro aposentado do Tribunal Superior do Trabalho e membro da Comissão de Expertos na Aplicação de Convenções da OIT.

1 — Da garantia de emprego na Assembléia Constituinte brasileira

01. A estabilidade do trabalhador no emprego é um dos temas que tem gerado maior controvérsia no seio da **Assembléia Nacional Constituinte**, com ampla ressonância na opinião pública. Daí os sucessivos e antagônicos pronunciamentos de trabalhadores e de empresários, ou das correspondentes organizações sindicais, e, bem assim, de alguns juristas e da imprensa em geral: uns defendendo a estabilidade absoluta do trabalhador desde a admissão no emprego ou no término do contrato de experiência, com detalhada disciplinação da matéria pela Carta Magna; outros pretendendo excluir do texto constitucional qualquer referência a esse instituto jurídico; alguns advogando a simples proclamação da garantia contra a despedida arbitrária — princípio hoje consagrado pela legislação comparada e por convenção internacional — cabendo à lei ordinária regular sua aplicação.

02. As diversas fases já percorridas pelo projeto da futura Constituição revela a hesitação com que a questão vem sendo tratada pelos Constituintes:

A — O anteprojeto da *Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos* dispôs que todos trabalhadores teriam

"estabilidade desde a admissão no emprego, salvo o cometimento de falta grave comprovada judicialmente, facultado contrato de experiência de 90 (noventa) dias" (art. 2.º, n. XIII).

B — O anteprojeto da Comissão da Ordem Social prescreveu:

"garantia do direito ao trabalho mediante relação de emprego estável, ressalvados:

- a) contrato a termo;
- b) ocorrência de falta grave comprovada judicialmente;
- c) prazos definidos em contratos de experiência, atendidas as peculiaridades do trabalho executado;
- d) superveniência de fato econômico intransponível, técnico ou de infortúnio da empresa, sujeito a comprovação judicial" (art. 2.º, n. I).

C — O anteprojeto da Comissão de Sistematização, que reuniu os textos das oito comissões temáticas, repetiu, com algumas precisões, o dispositivo adotado pela Comissão da Ordem Social, assinalando que o contrato a termo, limitado a dois anos, só poderia ser utilizado

"nos casos de transitoriedade dos serviços ou da atividade da empresa" e que o contrato de experiência não poderia exceder de 90 dias (art. 14, n. I).

D — O primeiro substitutivo apresentado pelo relator da Comissão de Sistematização, deputado BERNARDO CABRAL, sintetizou a questão no seguinte enunciado:

"contrato de trabalho protegido contra despedida imotivada ou sem justa causa, nos termos da lei" (art. 7.º, n. I).

E — Finalmente, a Comissão de Sistematização aprovou o texto do art. 6.º que deverá ser submetido ao plenário da *Assembléia Nacional Constituinte*, ado-

tando, sem modificações, as proposições constantes do segundo substitutivo apresentado pelo relator:

"I — garantia de emprego, protegido, contra despedida imotivada, assim entendida a que não se fundar em:

a) contrato a termo, nas condições e prazos de lei;

b) falta grave, assim conceituada em lei;

c) justa causa, fundada em fato econômico intransponível ou tecnológico ou em infortúnio da empresa, de acordo com critérios estabelecidos na legislação do trabalho".

"§ 4.º — Os princípios de garantia de emprego de que trata o inciso I não se aplicam à pequena empresa com até dez empregados".

II — A ilusória estabilidade empregatícia da CLT

03. O direito à estabilidade no emprego após o decurso de longo tempo de serviço, com a despedida do trabalhador restrita aos casos de falta grave por ele praticada ou de extinção de estabelecimento ou setor onde trabalha, constitui fórmula superada no direito comparado. O **Brasil foi pioneiro** ao assegurar esse tipo de **estabilidade absoluta**: instituída em 1923 para os ferroviários, foi aos poucos sendo estendida a outras categorias profissionais; em 1935, passou a alcançar todos os trabalhadores urbanos, salvo os domésticos; em 1963, os empregados rurais. Mas, como escrevemos em 1960, "precisamente porque a estabilidade no emprego constitui, em nosso país, o mais avançado instituto de proteção ao trabalhador, muitas empresas vêm despedindo os seus empregados antes de completar o decênio com o qual nasce o direito. E, assim, a estabilidade, que visa a propiciar segurança individual e familiar ao trabalhador, tem-se transformado, de um modo geral, em motivo de insegurança e temor, dada a ameaça de despedida imotivada aos oito ou nove anos de serviço" ("Instituições de Direito do Trabalho", Rio, Freitas Bastos, 4.º ed., 1966, vol. 4, pág. 172).

04. Em virtude desse problema, que se tornou grave, o legislador brasileiro pulou de um pólo para o outro: instituiu, para o setor urbano, o regime do **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço** (Lei n. 5.107, de 13.09.66), em favor do qual o trabalhador é obrigado a "optar", sob pena de não ser admitido no emprego. Essa "opção" torna inaplicável ao respectivo contrato de trabalho o capítulo da estabilidade constante da Consolidação das Leis do Trabalho.

05. Em conseqüência, foi restabelecido, em relação a quase todos os trabalhadores urbanos, o ilimitado direito potestativo do empregador de rescindir os contratos de trabalho. Daí termos acentuado, mais recentemente, que o regime do FGTS criou, sob o prisma coletivo ou social, sérios problemas, "seja porque não dificulta a despedida de trabalhadores idosos, os quais dificilmente encontram novos empregos, seja porque facilita a despedida injustificada do trabalhador, incrementando, com isso, a rotatividade da mão-de-obra". (Ob. cit., 10.º ed., 1987, vol. I, pág. 595.) E daí por que, como presidente da **Comissão encarregada de elaborar o anteprojeto de atualização da CLT**, apoiamos, sem êxito, a iniciativa do professor DÉLIO MARANHÃO no sentido de aplicar a todos os empre-

gados o regime do FGTS acoplado a um sistema de segurança no emprego, de forma a impedir a despedida arbitrária, tal como a própria Comissão sugeriu, e foi transformado em lei no concernente aos empregados eleitos para as Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (v. o novo art. 165 da CLT).

06. Conforme sublinhamos no relatório de 20 de setembro de 1976, da pre-citada Comissão, "o conceito de estabilidade adotado pela atual CLT não atende aos fins a que se dirige, pois se presta a abusos e distorções, já demonstrados na prática. Por outro lado, o regime do FGTS, que substitui com vantagem, a indenização de antiguidade, não assegura a permanência do trabalhador no emprego".

07. Hoje, tirante alguns empregados de alta qualificação profissional, que conseguiram incluir nos seus contratos de trabalho cláusula prevendo a aquisição, a curto prazo, do direito de estabilidade; os empregados rurais, aos quais não se aplica esse regime e trabalhadores de raras categorias cujos acordos ou convenções coletivas estipularam a garantia contra a despedida arbitrária — os demais somente em casos especiais e transitórios têm assegurada a estabilidade absoluta ou a relativa:

- a) dirigentes sindicais e de associações profissionais;
- b) diretores de cooperativas constituídas por empregados da respectiva empresa;
- c) representantes profissionais em órgãos da Justiça do Trabalho ou nos Conselhos e Juntas integrantes dos Ministérios do Trabalho e da Previdência e Assistência Social, inclusive de suas autarquias;
- d) empregadas gestantes, pelos prazos fixados na lei, por vezes ampliados em instrumentos normativos;
- e) empregados eleitos para as Comissões Internas de Prevenção de Acidentes.

III — A tendência do direito comparado e o novo conceito de estabilidade

08. A **tendência do direito comparado** é, sem dúvida, a de promover a segurança no emprego mediante normas impeditivas ou restritivas da **despedida arbitrária**. A **estabilidade no emprego** se apresenta, cada vez mais, com nova roupagem: antes, poucos países asseguravam esse direito aos trabalhadores, condicionando sua aquisição ao decurso de prazos geralmente longos e restringindo demasiadamente as hipóteses de rescisão do contrato de trabalho; hoje, em grande número de países, a lei garante a estabilidade no emprego, após a fluência de *curto prazo*, possibilitando, porém, a despedida do trabalhador não somente em razão de atos faltosos por ele praticados, mas também por motivos de ordem técnica, estrutural, econômica ou financeira. Somente o **Brasil**, para os rurícolas e os que não optaram pelo regime do FGTS, e o **Paraguai** conservam o sistema pelo qual a estabilidade absoluta é conquistada após dez anos de serviço na *mesma empresa*.

09. Como registra um dos órgãos técnico-jurídicos da **OIT**, "a legislação em matéria de terminação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador mo-

dificou-se radicalmente em muitos países. Deixou de constituir-se, essencialmente, em regras sobre períodos de pré-aviso e indenizações por despedida e sobre as condições em que não são devidos, passando o requisito de justificação por parte do empregador a corresponder ao centro jurídico das análises e decisões dos tribunais, principalmente como consequência do freqüente recurso à sua proteção, por parte dos trabalhadores que estimam ter perdido o emprego sem motivo justificado. Assim, pois, o **princípio da justificação** se converteu no fundamento de muitos países sobre a terminação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, dando origem a um complexo campo de estudos jurídicos, enquanto que as regras sobre períodos de aviso prévio e pagamento de indenização perderam certa importância" (Comissão de Expertos na Aplicação de Convenções e Recomendações", "Informe III, Parte 4-B", Genebra, OIT, 1974, pág. 7).

10. Foi na **República Federal da Alemanha** que se iniciou a reformulação do instituto da estabilidade, com o fim de tornar ineficaz apenas a despedida arbitrária do empregado. A reforma legislativa adotada em 1951 e 1952 estabeleceu que, em princípio, "só é lícita uma despedida socialmente justificada". Abandonou, assim, como asseveram HUECK e NIPPERDEY, "o dogma anteriormente dominante da liberdade de despedida por parte do empregador, plasmando-se a idéia de uma proteção geral duradoura da relação de trabalho. Certo é que a lei não condiciona, diretamente, a validade da despedida à existência de certas causas, porém declara juridicamente ineficaz a despedida socialmente injustificada e determina, ademais, que assim se entende a que não cumpre certos requisitos que o empregador deve provar" ("Compendio de Derecho del Trabajo", trad. espanhola, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, pág. 201).

11. Essa norma se aplica ao trabalhador que possua, pelo menos, vinte anos de idade; haja trabalhado, no mínimo, seis meses para o mesmo empregador, sem interrupção; tenha a empresa, ou estabelecimento, mais de cinco empregados. A concorrência dessas três condições não impede o empregador de rescindir o contrato mediante aviso prévio e em virtude de justa causa; mas ao trabalhador despedido assiste o direito de, no prazo de três semanas, pedir ao Tribunal do Trabalho a nulidade do ato patronal. Se o Tribunal concluir pela nulidade da rescisão, o empregado será reintegrado. Todavia, a lei faculta ao trabalhador optar por uma indenização. Já o empregador pode requerer a conversão da reintegração em indenização, mas somente nos casos que a lei especifica, tendo em vista a inconveniência da sobrevivência da relação de emprego. Nas duas hipóteses — escreve ERNESTO KATZ — "o juiz deve dissolver a relação de trabalho por sentença constitutiva" ("La Estabilidad en el Empleo", Buenos Aires, Depalma, 1957, pág. 19).

12. Esse novo conceito de estabilidade no emprego vem sendo adotado, desde então, pela maioria dos países que legislaram sobre o tema: após o período de seis a vinte meses de trabalho, nas empresas com determinado número de empregados, a despedida deve fundar-se numa causa que a justifique, seja relacionada com a conduta ou a capacidade do empregado, seja referente à estrutura ou ao funcionamento da empresa; e, em algumas situações, possibilita-se ao tribunal, ao empregador ou ao empregado converter a reintegração em indenização.

13. Dos sistemas legais que conhecemos, somente **Portugal** restringe a denúncia do contrato de trabalho por iniciativa do empresário aos casos de falta

grave do empregado e, ainda assim, **comprovados perante o Juiz do Trabalho** (Lei dos despedimentos, de 1975). Conseqüência prática desse regime jurídico — acentuou **MÁRIO PINTO** — é que “cerca de 70 a 80% dos novos contratos de trabalho são celebrados com prazo” (“Garantia de emprego e crise econômica”, Anais do Congresso Internacional de Direito do Trabalho de Santos, 1986, pág. 14), já que a legislação portuguesa não limita o apelo a esse instrumento contratual.

14. Inúmeros são os **países que já adotaram sistemas similares ao da República Federal da Alemanha**: o reconhecimento pelo órgão estatal competente de que a despedida foi arbitrária determina, em princípio, a reintegração do trabalhador. Dentre outros, podemos citar os seguintes: Argélia, Áustria, Bangladesh, Chile, Espanha, Filipinas, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Hungria, Índia, Indonésia, Inglaterra, Iraque, Irlanda, Israel, Itália, Iugoslávia, Marrocos, México, Noruega, Paquistão, Peru, Polônia, Quênia, República Democrática da Alemanha, República Dominicana, Romênia, Singapura, Suécia, Tchecoslováquia, URSS e Venezuela (Cf., a propósito, OIT, “Informe VII (1) da 67.ª reunião da Conferência”, Genebra, 1981, págs. 44/5; PLÁ RODRIGUEZ, “La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empresario”, Madrid, ACARL, 1983, págs. 71/87).

15. Esclareça-se que nos **Estados Unidos, Canadá e Dinamarca**, desde os anos 60, muitos contratos coletivos contêm cláusulas sobre o tema, visando à garantia do emprego contra a despedida arbitrária e consagrando o respeito à antiguidade do empregado nos casos de despedidas coletivas.

16. Em muitos países, tal como referimos no resumo da legislação da Alemanha Ocidental, a decisão ordenatória da reintegração pode ser convertida em indenização e, em alguns deles, a nova fórmula de estabilidade só se aplica a empresas com um mínimo de empregados. Por exemplo, na **Espanha a opção** pela indenização é do trabalhador nas empresas com mais de **50 empregados** e do empresário nas de menos de 50; na **França** a garantia contra a despedida arbitrária só alcança os estabelecimentos com **mais de 10 empregados** e tanto estes quanto o empresário podem **optar pela indenização**; na **Inglaterra a opção** é sempre do empregador; na **Itália** só o trabalhador pode **optar** pela indenização, mas essa estabilidade não atinge as empresas com **menos de 15 empregados**.

IV — OIT: da **Recomendação 119/63 à Convenção 158/82**

17. A consagração do Direito do Trabalho pelo Tratado de Versailles (1919), como novo ramo da ciência jurídica, determinou, a pouco e pouco, a reformulação de conceitos civilistas adotados nos códigos do século XIX. O direito potestativo de o empregador denunciar o contrato de trabalho, ilimitado na concepção clássica civilista, passou a gerar efeitos antes **inadmitidos** (indenização fundada nas teorias do abuso do direito ou da responsabilidade objetiva), foi extinto em alguns casos (estabilidade absoluta no emprego) e tende a desaparecer com a universalização da teoria da nulidade da despedida arbitrária (estabilidade relativa).

18. Em 1963 a Conferência Internacional do Trabalho aprovou a **Recomendação n. 119**, prescrevendo, como norma fundamental:

“Não se deve proceder à terminação da relação de trabalho, a menos que exista uma causa justificada relacionada com a capacidade ou a conduta

do trabalhador ou se baseie nas necessidades do funcionamento da empresa, do estabelecimento ou do serviço" (Item 2, n. 1).

19. Esse diploma legal da OIT exerceu grande influência em diversos países, que inovaram ou reformularam as respectivas legislações, conciliando a efetivação do direito do trabalhador à segurança no emprego com a preservação de respeitáveis interesses da empresa e da própria economia nacional. Consoante o depoimento da mencionada **Comissão de Expertos**, em estudo do qual participamos, "ainda que o objetivo fundamental da Recomendação é o de proteger a segurança no emprego dos trabalhadores, trata também de equilibrar distintos interesses. Por exemplo, o interesse do trabalhador na segurança no emprego, posto que a perda do emprego importa a perda, para ele e sua família, dos meios de vida indispensáveis; o do empregador, em manter a autoridade nas questões que influem no funcionamento eficaz da empresa; e, por último, o interesse da comunidade em manter relações de trabalho pacíficas e evitar desequilíbrios desnecessários, seja pelo desemprego ou por unidades econômicas improdutivas... Desta maneira, a Recomendação consagra o princípio de que o trabalhador deve ter direito a permanecer no seu cargo, salvo se o empregador tiver uma razão válida para dar por terminada a relação de trabalho" (Trab. cit., págs. 2 e 16).

20. Essa tendência da legislação comparada levou a Conferência Internacional do Trabalho (Assembléia Geral da OIT) a aprovar, após dupla discussão (1981 e 1982), a **Convenção 158, completada pela Recomendação 166**. A primeira, por constituir tratado multilateral aberto à ratificação dos Estados-membros da OIT, contém normas gerais e, por vezes, flexíveis; a segunda complementa a Convenção em vários pontos e sugere a adoção de algumas medidas destinadas à efetivação dos direitos nela previstos. Como asseverou a Professora MOUSSEAU, representante governamental da França e relatora da matéria na respectiva Comissão da Conferência, "as disposições complementares em caso de despedida por causas econômicas figuram particularmente completas e detalhadas na Recomendação e indicam aos Estados as linhas gerais e numerosos exemplos das políticas que convém aplicar para prevenir e limitar as despedidas econômicas e seus efeitos negativos sobre os trabalhadores" ("Actas Provisionales" da 67.ª reunião da Conferência, Genebra, 1982, n. 35, pág. 2).

21. Ambos os textos deveriam ter sido **submetidos ao Congresso Nacional brasileiro**, no prazo de doze meses, contado do encerramento da Conferência: a **Convenção**, para que, se aprovada, promovesse o Governo a sua **ratificação** e tomasse, no curso da **vacatio legis** (a ratificação só entra em vigor doze meses depois de depositado o instrumento na RIT), as medidas acaso inexistentes, necessárias à plena aplicação das normas internacionais (art. 19, § 5.º, d, da Const. da OIT); a **Recomendação**, para que o Congresso Nacional deliberasse transformar em lei todos ou alguns dos seus dispositivos, adotar outras medidas em relação aos mesmos ou, simplesmente, tomar conhecimento do texto (art. cit., § 6.º, b).

22. Essa obrigação de natureza formal decorre da Constituição da OIT, à qual aderiram, soberanamente, os países que se filiaram à Organização. E alcança tanto os que votaram pela aprovação do instrumento internacional, como os que se abstiveram, não compareceram à reunião ou se manifestaram contra (Cf. nossas "Instituições", 10.ª ed., vol. II, págs. 1.276/87). Destarte, apesar da delegação

governamental brasileira, chefiada pelo então Ministro do Trabalho Murilo Macedo, não ter votado pela aprovação da Convenção (somente nove delegações governamentais assim procederam), o Governo brasileiro está obrigado a submeter ao Congresso Nacional, tanto a Convenção n. 158, como a Recomendação n. 166.

V — Análise da Convenção 158 e da Recomendação 166

23. A — **Campo de aplicação** — A Convenção n. 158 "se aplica a todos os ramos da atividade econômica e a todas as pessoas empregadas" (art. 2.º, § 1.º); mas o órgão competente do Estado que a ratificar poderá, mediante prévia consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores interessados, **excluir do seu campo de incidência**, ou de algumas de suas disposições:

- a) "certas categorias de pessoas cujas **condições de emprego sejam regidas por normas especiais** que, em seu conjunto, confirmam uma proteção pelo menos equivalente à prevista nesta Convenção" (art. 2.º, § 4.º);
- b) "categorias limitadas de pessoas empregadas, a respeito das quais se apresentem **problemas especiais** de certa importância, tendo em conta as condições particulares de emprego dos trabalhadores interessados e a **dimensão ou a natureza da empresa que os emprega**" (art. 2.º, § 5.º).

24. No primeiro relatório sobre a aplicação da Convenção, a que se refere o art. 22 da Constituição da OIT, o respectivo Governo, se for o caso, deverá enumerar as exclusões possibilitadas, explicando os motivos das exceções e, nos relatórios subsequentes, indicar o estudo da sua legislação e prática no concernente às categorias excluídas e a medida em que a elas aplica ou se propõe aplicar a Convenção (art. 2.º, § 6).

25. Independentemente de consulta àquelas organizações, poderão ser excluídas da totalidade ou de algumas das disposições da Convenção, as seguintes categorias de empregados:

- a) **contratados por prazo determinado ou para certa tarefa**, devendo ser previstas garantias adequadas contra o uso de contratos de duração determinada que tenham por objetivo ilidir a proteção prevista;
- b) submetidos a um período de prova ou que não tenham contemplado o tempo de serviço exigido, sempre que a duração haja sido fixada previamente e seja razoável;
- c) **contratados em caráter ocasional** para um período de curta duração (art. 2.º, §§ 2.º e 3.º).

26. A **Recomendação n. 166** propõe a **limitação dos contratos de trabalho de duração determinada** aos casos nos quais esse ajuste seja justificado pela índole do trabalho ou condições em que deva realizar-se, ou, ainda, em razão dos interesses do trabalhador. Nos demais casos e, bem assim, na renovação do contrato a prazo, ele deve ser considerado como de duração indeterminada (item 2). Tudo conforme dispõem os arts. 443, §§ 1.º e 2.º, 451 e 452 da nossa CLT.

27. B — **Despedida arbitrária** — O art. 4.º da Convenção estabelece o princípio básico do sistema:

“Não se porá fim à relação de trabalho de um trabalhador, a menos que exista para isto uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou sua conduta ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço”.

28. Justificando essa norma, o documento-base submetido à Conferência acentuou que os motivos válidos para a despedida referentes à **capacidade do trabalhador** contemplam as seguintes hipóteses: a carência de qualificações ou de capacidade para cumprir o trabalho para o qual foi contratado; o trabalho deliberadamente deficiente ou a negligência no seu desempenho; a reiterada ausência ao trabalho ou a incapacidade permanente para trabalhar resultante de enfermidade ou acidente.

29. Quanto à **conduta do trabalhador**, visa-se a punir a falta do empregado que importa em violação da disciplina. Essas faltas — aduz o precipitado documento — *correspondem a duas categorias: “a primeira compreende, em geral, um inadequado cumprimento das tarefas ajustadas; a segunda se refere, geralmente, a diversos tipos de comportamento inapropriado, que podem perturbar a ordem nos locais de trabalho ou prejudicar o cumprimento das tarefas”*. Relativamente às causas de despedida pertinentes ao **funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço**, “compreendem motivos de ordem econômica, tecnológica, estrutural ou similar” (“Informe VIII (i)” cit., págs. 21/3).

30. Desde logo, esclarece o art. 5.º da Convenção que **não constituirão causa justificada** para a despedida do trabalhador:

- a) a **filiação a um sindicato** ou a **participação em atividades sindicais** fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante as horas de trabalho;
- b) ser **candidato a representante** dos trabalhadores ou atuar, ou haver atuado, **nessa qualidade**;
- c) **apresentar uma queixa** ou participar de um procedimento estabelecido contra o empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer ante as autoridades administrativas competentes;
- d) a **raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gestação, a religião, as opiniões políticas, a ascendência nacional ou a origem social**;
- e) a **ausência ao trabalho durante a licença de maternidade**”.

31. A **ausência do empregado ao serviço, por motivo de enfermidade ou lesão**, quando de **caráter temporário**, não constitui justa causa para a rescisão do contrato de trabalho (art. 6.º).

32. C — **Procedimentos para a despedida** — A Convenção prescreve que a despedida do trabalhador, motivada por sua conduta ou rendimento, não deverá ser efetivada “antes de que se lhe haja oferecido a **possibilidade de defender-se** das acusações formuladas contra ele, a menos que não seja razoável pedir-se ao empregador que lhe conceda esta possibilidade” (art. 7.º). Um prazo de **aviso prévio**,

ou uma indenização que o substitua, será devido sempre que o trabalhador não "seja culpado de uma falta grave de tal índole que seria desarrazoado pedir ao empregador a continuação do emprego durante o prazo do pré-aviso" (art. 8.º).

33. A **Recomendação** prevê algumas normas complementares:

- a) salvo quando a legislação ou a prática nacional consideram a **falta** como rescisiva do contrato de trabalho, sua **gravidade** decorrerá da reincidência ou da prévia advertência por escrito por parte do empregador (item 7);
- b) a despedida do trabalhador por **desempenho insatisfatório** pressupõe que o empregador lhe haja dado instruções apropriadas, com **advertência por escrito**, e o decurso de um período razoável para que ele melhore o seu trabalho (item 8);
- c) o trabalhador deve ter direito a **assistência de outra pessoa** para defender-se das acusações relativas à sua conduta ou ao seu trabalho (item 9);
- d) o decurso de um **prazo razoável**, desde que o empregador teve conhecimento da **falta**, importa em **renúncia ao seu direito de rescindir o contrato** esteiado nessa falta (item 10);
- e) é aconselhável que o empregador **consulte os representantes dos trabalhadores** antes de decidir despedir um empregado (item 11);
- f) o empregador deve **comunicar por escrito** ao trabalhador a sua decisão de despedi-lo (item 12); e, a pedido deste, deve **expor-lhe**, por escrito, o motivo ou motivos da terminação do contrato de trabalho (item 13.1).

34. A **Recomendação** dispõe, ainda, que, durante o prazo do **aviso prévio**, o trabalhador deve ter direito a períodos de tempo livre razoáveis, sem perda da remuneração, a fim de procurar outro emprego (item 16). E, se o solicitar, deverá receber um **certificado do empregador** indicando somente as datas do começo e da terminação da relação de trabalho e, bem assim, a natureza das tarefas que desempenhava. A avaliação da sua conduta ou do seu trabalho poderá também ser pedida pelo trabalhador, no mesmo ou num segundo certificado (item 17).

35. D — **Decurso contra a despedida arbitrária, ônus da prova e reparação** — Estatui o art. 8.º da Convenção:

"O trabalhador que considere injustificada a terminação de sua relação de trabalho terá **direito a recorrer** contra a mesma perante um organismo neutro, como um tribunal, um tribunal do trabalho, uma junta de arbitragem ou um árbitro".

E aduz: se a despedida foi autorizada pela autoridade competente, a aplicação dessa norma poderá variar de conformidade com a legislação e a prática nacional (art. 8.º, § 2.º). Considerar-se-á que o trabalhador renunciou ao seu direito de recorrer (**prescrição**), se não o exercer dentro de um prazo razoável (art. 8.º, § 3.º).

36. Quanto a **prova** da causa justificadora da despedida, a legislação nacional ou as demais fontes formais de direito "deverão prever uma ou outra das seguintes possibilidades, ou ambas:

- a) **incumbirá ao empregador** o ônus da prova da existência de uma causa justificada para a despedida tal como foi definida no artigo 4.º da presente Convenção;
- b) os organismos mencionados no artigo 8.º da presente Convenção terão a faculdade de decidir sobre as causas invocadas para justificar a despedida, tendo em conta as provas apresentadas pelas partes e de conformidade com os procedimentos estabelecidos pela legislação e a prática nacionais” (art. 9.º, § 2.º).

37. A legislação nacional ou as demais fontes formais de direito deverão dispor sobre a medida em que os *precitados organismos neutros* terão a faculdade de decidir se são justificadas as despedidas fundadas na necessidade de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço (art. 9.º, § 3.º).

38. O **fim perseguido** pela Convenção é a **reintegração** do trabalhador arbitrariamente despedido; isto é, a **anulação** do ato patronal que não se fundar, comprovadamente, em qualquer dos motivos relacionados no art. 4.º. Mas a Conferência teve de aprovar uma **norma flexível** a respeito, atendendo a que em muitos países o trabalhador não tem o direito de retornar ao emprego, quando imotivadamente despedido. A fórmula encontrada para satisfazer a maioria foi a seguinte:

“**Art. 10** — Se os organismos mencionados no artigo 8.º da presente Convenção chegarem à conclusão de que a *terminação da relação de trabalho* é injustificada e se, em virtude da legislação e da prática nacionais, não estiverem facultados ou não considerem possível, dadas as circunstâncias, anular a despedida e eventualmente ordenar ou propor a readmissão do trabalhador, terão a faculdade de determinar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que considere apropriada”.

39. Analisando-se o dispositivo, verifica-se que se o organismo estiver autorizado a anular a despedida e ordenar ou propor a readmissão do trabalhador, deverá fazê-lo, se considerar injustificada a rescisão do contrato de trabalho e se as circunstâncias do caso não a desaconselharem. A indenização adequada ou outra reparação apropriada somente deverá ser determinada quando, apesar de injustificada a despedida, o organismo não tiver competência para ordenar o retorno do trabalhador ao emprego ou o mesmo for contra-indicado pelas circunstâncias configuradas no caso examinado. A prática de falta grave exclui o direito à indenização (art. 12, § 3.º, da Conv.).

40. Obviamente, também nos casos de **despedidas decorrentes de causas econômicas, tecnológicas, estruturais ou análogas** o trabalhador deverá ter direito, seja a uma **indenização** calculada em razão “do tempo de serviço e do montante do salário”, paga “**diretamente pelo empregador ou por um fundo** constituído mediante cotizações dos empregadores”, seja ao **seguro-desemprego** ou outra forma de assistência aos desempregados, seja a uma combinação das mencionadas prestações (art. 12, § 1.º, da Conv.).

41. F — **Normas especiais para a despedida por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos** — Algumas regras especiais foram inseridas na Convenção a propósito desse tema, que adquiriu inquestionável relevo em virtude da crise econômica internacional que aflige o mundo atual e das modificações

tecnológicas resultantes do acentuado e veloz desenvolvimento da ciência e da tecnologia.

42. Visando a reduzir, tanto quanto possível, as despedidas coletivas de trabalhadores, esteladas nessas causas, o art. 13 da Convenção preceitua:

"Quando o empregador previr despedidas por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos:

- a) proporcionará aos **representantes dos trabalhadores** interessados, em tempo oportuno, a **informação pertinente**, incluídos os motivos das despedidas previstas, o número e categorias dos trabalhadores que podem ser afetados e o período durante o qual deverão efetivar-se essas despedidas;
- b) de conformidade com a legislação e a **prática nacionais**, oferecerá aos representantes dos trabalhadores interessados, tão cedo quanto possível, uma oportunidade para entabular **consultas sobre as medidas** que devam adotar-se para evitar ou limitar as despedidas e as medidas para atenuar as conseqüências adversas das mesmas para os trabalhadores afetados, encontrando, por exemplo, **novos empregos**".

43. Em tais casos, o número de trabalhadores despedidos poderá ser limitado por lei, contrato coletivo, laudo arbitral, sentença judicial ou outro instrumento admitido pela prática nacional (art. 13, § 2.º e art. 14, § 2.º). Por sua vez, no mesmo momento em que previr tais despedidas, o empregador deverá **notificar a autoridade competente**, prestando-lhe as informações indicadas na alínea a do art. 13, acima transcrito (art. 14, § 1.º). E a **legislação nacional deverá fixar um prazo mínimo**, contado dessa notificação, para que o empregador **possa efetivar as despedidas** (art. 14, § 3.º).

44. Como bem **acentua Plá Rodriguez**, a autoridade administrativa assim convocada poderá controlar e verificar: "a) a existência real das dificuldades; b) a impossibilidade de serem adotadas outras medidas substitutivas ou a **insuficiência das mesmas para resolver a situação**; c) os critérios objetivos utilizados na seleção do pessoal encaminhado ao **seguro-desemprego**". (Ob. cit., pág. 172). E esse renomado jurista uruguaio indica, dentre outras, as seguintes medidas, que poderão ser adotadas em tais casos: plano de reorganização da empresa, que torne desnecessárias as despedidas ou as adie consideravelmente; não provimento das vagas resultantes das despedidas; estímulo às aposentadorias; supressão das horas extraordinárias; ampliação do prazo do aviso prévio; redução da jornada de trabalho ou do número de dias trabalhados no mês; suspensão do contrato de trabalho; redução do salário (ob. cit., págs. 125 a 129).

45. Também a **Recomendação n. 166** enumera uma série de providências com o objetivo de limitar as despedidas decorrentes de causas econômicas, tecnológicas, estruturais ou análogas e atenuar-lhes os efeitos:

- a) **ajuda da autoridade** competente na busca de soluções pertinentes (item 19.2);
- b) consulta do empregador aos representantes dos trabalhadores antes de introduzir modificações importantes nos seus programas, organização,

estrutura ou tecnologia, visando a examinar suas possíveis repercussões e prevenir ou atenuar seus efeitos prejudiciais (item 20);

- c) **restrição à contratação de pessoal**, transferências internas de empregados, formação e readaptação profissional, aposentadoria voluntária com adequada compensação dos salários, diminuição das horas extraordinárias e redução da duração normal do trabalho (item 21);
- d) **redução da duração normal** do trabalho, quando se tratar de dificuldades econômicas passageiras, assegurando-se aos trabalhadores uma compensação parcial pela perda dos salários correspondentes às horas normais não trabalhadas (item 22);
- e) fixação prévia dos **critérios de seleção para** o pessoal a ser atingido por tais despedidas, de forma a conciliar os interesses empresariais com os dos trabalhadores (item 23);
- f) os trabalhadores despedidos que manifestarem o desejo de retornar ao emprego devem ter **prioridade para a readmissão**, durante um certo período, desde que o empregador volte a contratar pessoal com qualificação comparáveis. A ordem de prioridade deve atender, em especial, a **antiguidade** dos trabalhadores (item 24);
- g) a **autoridade competente**, se possível em colaboração com o empregador e os representantes dos trabalhadores interessados, deve adotar **medidas** adequadas às circunstâncias nacionais **para promover a colocação dos trabalhadores despedidos**, propiciando-lhes, se for o caso, **formação ou readaptação profissional** (item 25);
- h) durante o período de formação ou readaptação profissional, a que alude o item anterior, deveria considerar-se a possibilidade de assegurar alguma renda ao trabalhador, e, quando este tiver de **trocar de residência** para ingressar em novo emprego, **garantir-lhe o reembolso**, total ou parcial, das respectivas despesas (item 26).

46. VI — Conclusões

O **direito ao trabalho**, do qual decorre a necessidade de ser garantida a **segurança no emprego**, com a conseqüente limitação das hipóteses de despedida justificáveis, está hoje reconhecido por importantes instrumentos internacionais e amplamente consagrado pelo Direito Comparado. O Direito, hoje, preocupa-se com a integração do trabalhador na empresa. E, como assinalaram **Paul Durand** e **André Vitu**, "a permanência do trabalhador no emprego contribui para a dignidade da pessoa humana; incorpora-se à concepção nova, segundo a qual o trabalho não pode ser considerado como mercadoria; evita, para o trabalhador, o risco de se encontrar sem ocupação ou o de necessitar mudar de atividade ou de residência; atenua o sentimento de Insegurança, que é um dos traços dominantes da psicologia operária" ("Traité de Droit du Travail", Paris, Dalloz, 1950, pág. 96, vol. II). Daí a conclusão do douto **Mauro Mascaro Nascimento**, para quem "afastou-se a concepção da dispensa como direito potestativo e como ato sujeito ao arbítrio patronal e em seu lugar repercutiu a idéia da ruptura contratual como

um procedimento constituído de fases nas quais exercita-se o direito de **dispensa sob controle**" ("Dispensa do empregado: direito comparado e perspectivas brasileiras", in LTr, São Paulo, 1980, vol. 44, pág. 1.335).

Senhoras e Senhores Congressistas.

47. No momento em que a Assembléia Nacional Constituinte elabora a futura Constituição brasileira, afigura-se-nos oportuno que os juristas e dirigentes sindicais aqui reunidos defendam a inserção, no seu texto, do princípio da

"Garantia do emprego contra a despedida arbitrária".

48. Não sendo pertinente à Carta Magna disciplinar todos os aspectos e condições que devem ser considerados na aplicação dessa norma programática, **cumprirá à lei ordinária dispor sobre a respectiva regulamentação.**