

AO ANULAR DEMISSÃO EM MASSA, JUDICIÁRIO PAULISTA ASSUME RESPONSABILIDADE DO LEGISLATIVO

Mário Gonçalves Júnior¹⁰⁵

A demissão de 1500 trabalhadores provocou dissídio coletivo de greve no Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo. Em acórdão relatado pela Desembargadora Ivani Contini Bramante, à unanimidade o Tribunal anulou a demissão coletiva ao fundamento no sentido de que antes de demitir a empresa deveria esgotar a negociação com o Sindicato dos Trabalhadores (Ac. SDC-00002/2009-0 - Proc. 20281200800002001).

Por se tratar do Tribunal da maior economia do país, e a decisão ter sido unânime, o impacto na jurisprudência poderá ser muito forte, merecendo, portanto, exame mais detido.

Diferenciando a demissão individual da coletiva, a Desembargadora fez constar em seu voto que

a dispensa coletiva deve ser justificada, apoiada em motivos comprovados, de natureza técnica e econômicos e, ainda, deve ser bilateral, precedida de negociação coletiva com o Sindicato, mediante adoção de critérios objetivos.

Foi utilizado, ainda que implicitamente, por analogia (espécie de má acomodação de norma diversa a um caso sem regra própria), o artigo 165 da CLT, aplicável apenas aos cipeiros estáveis:

Os titulares da representação dos empregados nas Cipas não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Parágrafo único. Ocorrendo a despedida, caberá ao empregador, em caso de reclamação à Justiça do Trabalho, comprovar a existência de qualquer dos motivos mencionados neste artigo, sob pena de ser condenado a reintegrar o empregado.

Toda vez que o Judiciário se socorre de uma norma que não cabe exatamente ao caso concreto, a atenção deve ser redobrada. A analogia indica, sempre, a existência de uma falha na superfície do sistema legal, que obriga o aplicador do Direito a excepcional malabarismo intelectual para resolver a crise jurídica, lançada à zona inóspita do vácuo legislativo. Somente a aridez regulamentar empurra o juiz a esse beco sem saída, forçando-o à criatividade dos métodos de integração¹⁰⁶ do sistema.

A falha do sistema se deve, até hoje, à inexistência da lei complementar prometida no inciso I do artigo 7º da Constituição Federal, que visaria regulamentar o instituto da "demissão arbitrária" (gênero sob o qual certamente incluir-se-ia, pela gravidade social, a demissão "em massa" ou "coletiva"). O artigo 165 da CLT sempre é lembrado quando as empresas demitem quantidade elevada de trabalhadores, o que já lhe conferiu o *status* de uma espécie de princípio específico do Direito do Trabalho, não mais do Direito Individual apenas, mas também do Direito Coletivo do Trabalho.

O fato é que, além disto, uma outra lacuna coloca o v. acórdão aqui comentado sob holofotes críticos, porque também não há no sistema legal norma que exija, em

¹⁰⁵ Advogado; Pós graduado em Direito Processual Civil e Direito do Trabalho

¹⁰⁶ Em linguagem bem simplista, "integrar" o sistema significa costurar imperfeições na malha legal.

casos de demissões coletivas, que a empresa tente primeiro negociar com o Sindicato dos Trabalhadores outras alternativas.

O Supremo Tribunal Federal já examinou em que situação a legislação exige a negociação prévia. Confirmando a Instrução Normativa 4/93, do C. Tribunal Superior do Trabalho, o Excelso Pretório, julgando o RE 273.347-RJ, em 20.6.2000, sob a Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, proferiu a seguinte ementa:

Dissídio coletivo: subordinação de sua instauração à prova de frustração da negociação prévia ou à recusa de encetá-la de parte do suscitado: correta extinção do processo, de ofício, pelo TST, no recurso ordinário, sem prejuízo da homologação, na instância de origem, das cláusulas objeto de acordo.¹⁰⁷

Como se percebe, a lei exige negociação prévia “à instauração do dissídio coletivo”, mas não à demissão em massa. Porém a demissão coletiva foi reputada arbitrária e nula por não se fundar, comprovadamente nos autos, nos critérios previstos no artigo 165 da CLT.

Data venia, não há demissão alguma, ainda que individual e "sem justa causa", desprovida de motivos. Sempre que se encerra uma relação de emprego, alguma razão inspira tal decisão. No caso da demissão de quantidade elevada de trabalhadores, com maior razão. Assim como não se faz uma nação sem homens e livros, não se faz uma empresa apenas com máquinas e clientes. O empresariado seria estúpido se ignorasse tal obviedade. A comprovação dos motivos do artigo 165 da CLT, portanto, seria até mesmo desnecessária, a não ser que o empregador utilizasse a oportunidade da crise econômica para praticar, no bojo das demissões, critérios discriminatórios.

Desconheço as circunstâncias dos autos. Fio-me apenas nos fundamentos da decisão, a mim suficientes vindos de quem vieram. Para quem a desconhece, Dra. Ivani é dos quadros mais orgulhosos do TRT paulista, Desembargadora reta, sincera, comprometida com o ofício.

Em que pese discordar de seu veredito, antes duas questões precisam ser lembradas.

Primeiro que só quem é juiz pode saber (imaginar todos podemos, se quisermos e com corações desarmados) do peso de optar por uma entre duas ou mais soluções possíveis para um mesmo caso concreto.

Lídia Reis de Almeida Prazo, em “O juiz e a emoção - aspectos da lógica da decisão judicial”, lembra que

Karl Llewellyn acredita que, geralmente, a mente do juiz primeiro antecipa a decisão que considera justa (dentro da ordem jurídico-positiva) e depois procura a norma que pode servir de fundamento a essa solução, atribuindo aos fatos a qualificação apropriada. Percebe-se, por essa observação do autor, a admissão da existência, no processo decisório - sem excluir o prisma legal e valorativo -, de aspectos extra-lógicos, relacionados com conteúdos subjetivos do juiz (Millenium, 2ª edição, Campinas-SP, 2003, pág. 13/14).

De Luis Recaséns Siches, a autora ainda absorve a

¹⁰⁷ DJ n. 150-E, Seção 1, de 4.8.2000, p. 42.

relevância à criatividade e à intuição do magistrado nos julgados, os quais constituem o momento de individualização da norma aplicável ao fato submetido à jurisdição. Para o autor, na produção o julgador, destaca-se o papel do sentimento do juiz, cuja importância fica evidenciada até pela etimologia da palavra sentença, que vem de *senti-re*, isto é experimentar uma *emoção*, uma *intuição emocional* (idem, pág. 14).

O autor observa ainda que, ao intuir, o julgador não atua de modo diverso dos advogados quando preparam suas alegações, com uma diferença: o advogado, por objetivar que seu cliente ganhe a demanda, busca apenas as intuições direcionadas na concretização dessa finalidade, enquanto o juiz, embora interessado na solução justa do litígio, seguirá sua intuição onde quer que ela o leve (ibidem, pág. 15).

O problema maior, em se tratando de interpretar e aplicar a norma estatal quando ela não é específica (analogia), é que não se sabe onde a emoção levará o julgador. Fica uma zona ainda maior de insegurança jurídica, insegurança jurídica que se acentua na mesma proporção que se nos afastarmos, para o passado, partindo do momento da sentença: quando o empresário tem que decidir entre demitir ou não demitir, por exemplo, pesará em seu íntimo a incerteza sobre se, levada a demissão ao Judiciário, qual será a qualificação que este lhe conferirá.

Em se tratando de demissão "coletiva" a questão é ainda mais caprichosa: o que é "coletivo"? Um universo de quantos trabalhadores demitidos? Qual proporção do quadro de empregados de uma empresa, em caso de demissão conjunta, passa a ser classificável como "coletiva"? Não havendo previsão legal que tarife ou esclareça os limites do poder de demitir mais de um trabalhador ao mesmo tempo, ninguém pode prever se está demitindo "em massa" ou não. A própria Desembargadora Ivani deixa escapar essa questão, ao anotar na motivação de seu voto que:

A demissão em massa não é regulada de forma consolidada no ordenamento jurídico nacional. Entretanto, é possível traçar o procedimento a ser adotado uma vez que nenhum direito é absoluto, considerando a necessidade de compatibilização com os demais direitos de igual matriz e hierarquia. Ressalte-se que, se a greve é a última conduta que os trabalhadores devem tomar, diante de um conflito coletivo, de igual modo, a dispensa coletiva deve ser a última medida a ser adotada pela empresa diante de uma recessão econômica iniciante e ainda de forma não definida.

Lídia Almeida Prado, a propósito, lembra que

nos parâmetros da corrente filosófica de que é adepto, Frank (Jerome Frank) elucida que não existe certeza, segurança ou uniformidade do Direito, no momento de sua aplicação. Segundo ele, nas sociedades complexas, as decisões jurídicas teriam um caráter plástico e mutável, com o objetivo de adaptarem-se às sempre novas situações da vida social. Assim, entende ser essa dimensão de incerteza a responsável pelo progresso do Direito. Cita muitos exemplos em que a variação da composição pessoal de uma Corte, em razão do falecimento ou de nomeação de algum de seus membros, provoca uma mudança de decisão.

De acordo com o autor, o desejo de uma excessiva estabilidade jurídica não surge de necessidades práticas, mas de um *anseio de algo*

mítico. É interessante - prossegue - que as pessoas não se espantem com as mudanças jurídicas por via legislativa, mas se assustem com a falta de previsibilidade dos juizes. Afinal, busca-se a segurança no substituto do pai, no *Juiz Infalível*, o qual vai determinar, de modo seguro, o que é justo e o que é injusto.

Para essa falácia da plena segurança e certeza jurídicas colaboraria também a tendência do homem a fugir das realidades inquietantes ou desagradáveis e refugiar-se na ilusão de um mundo perfeito.

Segundo Frank, as normas gerais seriam apenas um dos ingredientes presentes na sentença (...) (ob cit. págs. 17/18).

Certamente a decisão da Desembargadora Ivani tem esses outros ingredientes, mais até do que os legislativos. Seu coração pulsou forte na redação principalmente dos seguintes trechos da fundamentação de seu voto:

Note-se que o constituinte originário idealizou uma sociedade justa fraterna e solidária, comprometida com a democracia e com os direitos sociais. Assim, é no contexto dos valores, princípios e regras constitucionais que a despedida encontra limites.

Com efeito, o preâmbulo e o artigo 1º da Carta Federal elencam os valores constitucionais fundantes do Estado Democrático de Direito, que têm força normativa, e que comandam a observância da dignidade da pessoa humana o valor social do trabalho. Portanto, a livre iniciativa deve ser exercida de acordo com referidos ditames. Daí os imperativos da função social da propriedade, nela incluída a função social dos meios de produção ou da empresa, retratada nas diretivas da função sócio-ambiental-tecnológica da empresa (art. 1º, III, IV e 170, *caput* e inciso III, CF) e, da democracia na relação trabalho-capital ao assegurar voz a voto aos trabalhadores nas decisões que lhes afetam (Convenções Internacionais da OIT n. 98, 135 e 154 e Recomendação 163, da OIT, ratificadas pelo Brasil e art. 7º, XXVI, art. 8º, III e VI, art. 10 e 11 CF).

Os fatos apurados nos autos revelam que os atos praticados pela empresa são ofensivos aos valores, princípios e regras constitucionais e legais, eis que descompromissados com a democracia na relação trabalho-capital, com os valores humanos fundamentais e com função social da empresa.

Isto porque a empresa procedeu a dispensa coletiva de cerca de 1.500 trabalhadores, sendo 600 na unidade fabril de Osasco (400 trabalhadores no dia 15.12.2008 e 150 trabalhadores no dia 17.12.2008, data do início da greve), 700 trabalhadores na unidade de Hortolândia e 250 trabalhadores na unidade de Cruzeiro.

Some-se que, durante a greve a empresa procedeu a dispensa de 150 trabalhadores, **por telegrama**, cujos contratos encontravam-se suspensos por força da Lei 7783/89 (art. 7º).

As dispensas coletivas foram feitas sob o espeque da recessão econômica. Contudo, não há qualquer prova da dificuldade financeira. Não cuidou a empresa da apresentação de demonstrativos consistentes de cenários econômicos futuros, relacionados com a demanda dos seus principais clientes, que justificassem a brusca dimensão do percentual de dispensas em cotejo com seu quadro efetivo.

Foram despedidos 40% do efetivo da planta de Osasco, percentual esse apenas justificável caso ocorresse uma recessão sem precedentes, principalmente, quando se leva em conta que a empresa

possui uma carteira de demanda relativamente diferenciada em termos de produtos e clientes.

Sendo assim, apenas uma recessão violenta, e completamente disseminada e persistente no tempo justificaria o percentual de demitidos.

Indicadores como os levantados nos autos, tipicamente de curto prazo e surgidos no ambiente atual da mais completa incerteza a respeito da evolução futura da economia são obviamente inadequados como base da evolução econômica a médio e longo prazo, principalmente tendo em consideração o atual esforço regulador da política econômica governamental.

Sendo assim, as despedidas coletivas ocorreram de forma inopinada, arbitrária (art. 7º, I, CF), e sem qualquer critério objetivo de escolha dos demitidos, eis que a empresa incluiu nas demissões os trabalhadores que têm estabilidade no emprego (art. 8º, VIII, CF e 165 da CLT), algumas delas vítimas de doenças ocupacionais e do trabalho (art. 118, Lei 8213/91).

Ainda a dispensa coletiva foi feita sem aviso prévio razoável, sonegado o direito de informação (art. 5º, XIV da CF). Não houve qualquer negociação prévia, em tempo razoável - apenas três dias - com o Sindicato. Ademais, a empresa apresentou pacote pronto e um fato consumado para a negociação e, ainda abriu uma pós negociação incipiente e inflexível oferecendo uma proposta, cujos itens os trabalhadores já eram detentores do direito parcial ou total. A única vantagem real ofertada foi três cestas básicas no valor de R\$ 40,00 cada, incompatível com o porte e a magnitude da empresa.

Verifica-se verdadeira ofensa ao dever de negociar (art. 8º, VI, CF e 616 da CLT), uma vez que as propostas devem ser sérias, razoáveis e justas.

Ademais, a dispensa coletiva não foi precedida de qualquer ato unilateral de abertura de Plano de demissão voluntária ou oferta de pacote de vantagens e benefícios adicionais às verbas rescisórias, de modo a torná-la menos impactante e privilegiar, em efetividade máxima, a dignidade da pessoa humana dos trabalhadores e o valor social do trabalho (art. 1, III e IV, CF).

Não se pode ignorar que os empresários só produzem grandes cortes de pessoal se tiverem o mínimo de indicadores de que haverá queda de demanda a médio ou longo prazos. Investir na formação do trabalhador custa caro, assim como custa caro demiti-lo. Se a expectativa for de recessão curta, o custo da demissão e recontração desestimula naturalmente o corte de pessoal. Esse, aliás, é o objetivo do sistema compensatório do artigo 7º, inciso I, da Constituição. O ordenamento brasileiro optou pelo regime da multa do FGTS. Poderia ter preferido o regime da estabilidade, como já ocorreu no passado, mesmo entre nós (estabilidade decenal da CLT). Portanto, por mais que os princípios constitucionais da dignidade humana, do trabalho e da função social do trabalho tenham realmente algo a dizer (embora não especificamente porque são princípios, e não normas de conduta específicas), não podem se colocar na contramão do regime que o Brasil resolveu adotar (da multa do FGTS). A fundamentação do voto é exemplar e elogiável, mas não esconde, *data maxima venia*, que heroicamente o Tribunal resolveu assumir a responsabilidade que é do Legislativo. Ou seja, o Legislativo é que deveria se compadecer dessas mazelas causadas pelas demissões coletivas e criar por lei obstáculos. Os obstáculos criados por lei não diferem nas demissões individuais e coletivas: multa sobre o FGTS. Foi uma opção do legislador, certa ou errada, não importa. O Judiciário se

desgasta quando envereda pela competência do Legislativo, protagonizando quando deveria ser coadjuvante.

Sabe-se que esta não é uma opinião a salvo de críticas. Como lembra Lídia Almeida Prado,

atualmente, vários teóricos, (...) entendem *a função jurisdicional como uma atividade criadora*, pois a concepção da sentença ou da decisão administrativa como um silogismo caiu em descrédito. Defende-se a ideia de que a obra do órgão jurisdicional traz sempre, em maior ou menor medida, um aspecto novo, que não estava na norma geral. E isso ocorre inclusive quando a sentença tem fundamento em lei expressa, vigente e cujo sentido se apresenta com inequívoca clareza (ob. cit. pág. 13).

Quando a lei especificamente regula uma situação, não cabe a função criadora da jurisdição, ou, em outras palavras, não tem cabimento sequer a analogia ou aplicação subsidiária de princípios e regras de direito (artigo 8º, parágrafo único, da CLT).

É demasiado arriscado, do ponto de vista de uma sociedade organizada e democrática - cuja viga-mestra é a independência dos Poderes -, permitir que o juiz seja criativo mesmo onde a criatividade expressamente em lei é atribuição exclusiva do Legislativo (o inciso I do artigo 7º da Constituição indica expressamente que a questão deve ser regulada em lei complementar, e mais: o artigo 10 do ADCT dispõe também literalmente que enquanto essa lei complementar não vem, o regime geral para as demissões é o compensatório).

A segunda questão que se impõe é a acertada compreensão, numa situação extremada como a demissão em massa, do instrumento traumático da greve. Mas isto não se confunde com a questão da possibilidade ou não das demissões. A greve só não será "abusiva", e nem todas as greves não abusivas são greves que, na questão de fundo, devem provocar uma alteração das decisões patronais.

Todos devemos nos compadecer diante dos sofrimentos causados pelo desemprego, mormente atingindo centenas ou milhares de trabalhadores de uma só vez e numa única empresa. Mas se isto for eleito pela sociedade como uma chaga a ser combatida, a luta deve começar pelo Legislativo, pois é no sistema representativo que todas as partes e interesses envolvidos são inevitavelmente levados em conta para a programação de leis que sejam equilibradas. Se o Legislativo não acorda para a sua função, o remédio não é transferir esse ônus ao Judiciário.

Até porque lei é lei, decisão judicial é decisão judicial, não significando que todos os demais juízes, no futuro, seguirão este ou aquele precedente, pois todo magistrado tem liberdade de convicção (salvo contra as Súmulas do STF). Portanto, a via legal é sempre mais segura para resolver problemas que a sociedade apresenta de tempos em tempos, isto é, que se repetem.

Você é bobo ou inconstitucional se absolve nosso Congresso Nacional pelo silêncio sobre este e outros temas de interesse da sociedade. E não cabe ao Judiciário - parafraseando atual sucesso de bilheteria do cinema brasileiro - protagonizar uma versão de "Se eu fosse você" ("você", no caso, o Legislativo).