

Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa ?

Renato Rua de Almeida, advogado trabalhista, ex-advogado do Sindicato dos Metalúrgicos de São Paulo (31 anos), professor de Direito do Trabalho da PUC-SP, coordenador da sub-área de Direito do Trabalho dos cursos de mestrado e doutorado da PUC-SP, membro do Instituto Brasileiro de Direito do Social Cesarino Júnior, candidato único à vaga da cadeira n. 38 da Academia Nacional de Direito do Trabalho, doutor em Direito pela Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Em editoriais recentemente veiculados por dois dos maiores órgãos da imprensa escrita paulista (o primeiro da “Folha de São Paulo”, intitulado “Interferência Excessiva” e publicado no dia 05 de abril de 2009, e, o segundo, de “O Estado de São Paulo”, intitulado “A crise e o ativismo dos TRTs” e publicado em 08 de abril de 2009), são examinadas as decisões adotadas, primeiramente pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (Campinas) nos autos do processo de dissídio coletivo jurídico sob o nº 00309200900015004-DC, e, posteriormente, pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª

Região (Belo Horizonte), nos autos do processo de dissídio coletivo nº DC-00308200900003005, ambas sobre despedidas em massa ou coletivas, respectivamente, em processos envolvendo as empresas Embraer e Usiminas, quando, no caso da Embraer, foram despedidos 4.200 empregados, e, no caso da Usiminas e outras empresas que lhe prestam serviço, 1.500 empregados.

O editorial da “Folha”, ao se referir especificamente à decisão liminar que proibiu a Usiminas e outras seis empresas que lhe prestam serviço de despedir os empregados até o dia 23 de abril de 2009, acusa-a de “judicialização excessiva”, afirmando a seguir que “não há legislação no país que impeça as empresas de efetuarem demissões coletivas”.

Já o editorial de “O Estado”, ao se referir à liminar concedida no processo contra a Usiminas e as outras seis empresas, e, ainda, à liminar que anulava as despedidas em massa no processo contra a Embraer, e depois, à decisão de mérito que julgou abusiva a despedida coletiva dos empregados, considera-as fruto do “ativismo judicial”, por padecerem de fundamentação legal, já que baseadas tão-somente em princípios constitucionais, que acabam por “disseminar insegurança jurídica”.

Em outras palavras, subsiste ainda no Brasil, como querem os editoriais da “Folha” e de “O Estado”, o direito potestativo do empregador de despedir em massa ?

É verdade que a doutrina tradicional (1) ainda identifica no ordenamento jurídico brasileiro a “denúncia vazia” ou a “natureza potestativa” implícita no ato unilateral do empregador de extinguir o

contrato de trabalho, isto é, de despedir o empregado sem justa causa, até mesmo nas despedidas em massa ou coletivas, sem qualquer limite ou condição “*a priori*”, a não ser o pagamento “*a posteriori*” de uma indenização correspondente a 40% do valor depositado no FGTS.

O direito potestativo do empregador estaria fundado na plena liberdade contratual, limitada apenas pela legislação imperativa e pelas normas coletivas, conforme prescreve o artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho.

No entanto, é de indagar-se se essa liberdade contratual de despedir em massa, mesmo sem legislação trabalhista que a limite e dela exija a comprovação prévia de motivo justo e relacionado a uma causa objetiva da empresa, de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural, prevalece face ao direito fundamental social da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, tal qual previsto pelo artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, e também face ao paradigma da ilicitude contratual por abuso de direito, em razão da violação da cláusula geral da boa-fé objetiva e de seus deveres anexos, conforme prescrevem os artigos 187 e 422 do Código Civil de 2002.

As doutrinas constitucional e trabalhista modernas em matéria de direitos humanos, que foram internalizados constitucionalmente como direitos fundamentais, tanto os de primeira geração, chamados direitos individuais ou da cidadania, como os de segunda geração, chamados direitos sociais, debatem (2) se a eficácia horizontal de tais direitos fundamentais nas relações privadas, e, em particular, os direitos fundamentais sociais

de trabalho dá-se de forma direta e imediata ou indireta e mediata, na busca de sua máxima efetividade técnica e social.

Mesmo que se entenda que o texto constitucional brasileiro que consagra o direito fundamental social da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa não permite a eficácia horizontal direta e imediata na relação de trabalho, por depender de regulamentação infraconstitucional, ainda assim pode-se deduzir das lições das mencionadas doutrinas constitucional e trabalhista modernas a impossibilidade de manter as relações privadas, e, em especial, a relação de trabalho, isentas dos princípios constitucionais aplicáveis, e que, na presente análise, referem-se justamente à proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, em especial quando se trata da proteção contra a despedida arbitrária nas despedidas em massa ou coletivas, em razão de sua relevância social (3).

De fato, o texto constitucional prevê, há mais de vinte anos, lei complementar para regulamentar, dentre outros direitos, a indenização compensatória para reparar a violação sofrida pelo empregado na proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

No entanto, e até mesmo pela ausência da regulamentação constitucional, a eficácia horizontal desse direito fundamental social deve ser garantida pela exigência do cumprimento pelo empregador, nas despedidas em massa, dos valores da boa-fé objetiva e dos seus deveres anexos, previstos nos mencionados artigos 187 e 422 do Código Civil de 2002.

Essa lição está clara na doutrina moderna, quando afirma que os direitos fundamentais sociais devem ter sua garantia através dos mecanismos próprios do direito privado, com as “cláusulas gerais” e os “conceitos legais indeterminados” (4).

Os valores da boa-fé objetiva e de seus deveres anexos, previstos no Código Civil de 2002, impregnam o conteúdo do contrato de trabalho, como fonte subsidiária, por força do disposto no parágrafo único do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Os deveres anexos da boa-fé objetiva são (5), dentre outros, o de informar e demonstrar aos trabalhadores e seus representantes a causa objetiva da despedida em massa por motivo de ordem econômico-conjuntural (artigo 5º, inciso XIV, da CF/88), e de negociar as suas conseqüências (artigo 7º, inciso XXVI da CF/88).

Esse deveres anexos da boa-fé objetiva podem e devem também ser deduzidos das Convenções ns. 98, 135 e 154 da Organização Internacional do Trabalho, todas já ratificadas pelo Brasil, ao tratarem da negociação coletiva, e também das Recomendações ns. 94 e 129 igualmente da Organização Internacional do Trabalho, por tratarem das informações, comunicações e consultas no interior da empresa entre a direção e os trabalhadores.

Portanto, o não cumprimento pelo empregador desses deveres anexos da boa-fé objetiva na despedida em massa torna-a abusiva, em razão da ilicitude por abuso de direito, pelo que deve ser reparada com pagamento de indenização, nos termos do artigo 927 do Código Civil, a ser medida pela extensão do dano causado

aos trabalhadores despedidos, a teor do artigo 944 do mesmo diploma civil.

Por esses fundamentos, a decisão de mérito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (Campinas) no caso da Embraer houve por bem entender que a despedida em massa ocorrida foi abusiva, por violação da boa-fé objetiva e seus deveres anexos, em especial pelo descumprimento do dever de informar e comprovar aos trabalhadores e seus representantes a causa objetiva de ordem econômico-conjuntural da despedida em massa e de negociar com eles as suas conseqüências, condenando a empresa no pagamento indenizatório, sendo essa a forma mais eficaz encontrada no direito brasileiro para a proteção do direito fundamental social da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

Espera-se que decisão de mérito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (Campinas) no caso da Embraer venha a motivar àquela que será proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais) no caso da Usiminas e das seis empresas que lhe prestam serviço.

É verdade que o presidente do Tribunal Superior do Trabalho, ao conceder efeito suspensivo ao recurso ordinário interposto pela Embraer, nos autos do processo TST-ES-207660/2009-000-00-7, contra a decisão regional de mérito que mantinha vigentes até 13 de março de 2009, data do julgamento, os contratos de trabalho extintos em 19 de fevereiro de 2009, fundamenta-se no argumento de que, em respeito ao princípio da legalidade e para que não sejam criadas insegurança e instabilidade jurídicas “não se pode deixar de reconhecer que a recorrente

nada mais fez do que exercitar seu direito de legitimamente denunciar os contratos de trabalho, em observância estrita das leis vigentes, com pagamento de todas as verbas rescisórias”, e, ainda que “embora louvável, também não procede, por absoluta falta de amparo legal, o argumento de que a requerente estava obrigada a negociar, com o sindicato profissional, a dispensa dos trabalhadores”.

Vê-se, portanto, na fundamentação da decisão da presidência do Tribunal Superior do Trabalho na concessão do efeito suspensivo ao recurso ordinário interposto pela Embraer, a adoção da tese da doutrina tradicional da “denúncia vazia” e do “direito potestativo” do empregador mesmo nas despedidas em massa, sem qualquer alusão à busca da efetividade do direito fundamental social da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nem tampouco às exigências da boa-fé objetiva e dos deveres anexos que impregnam o conteúdo do contrato de trabalho.

A propósito, é duvidosa a fundamentação de que não é dado ao juiz trabalhista o direito de decidir, por absoluta falta de amparo legal, favoravelmente ao pedido no sentido de que a empresa, nas despedidas em massa ou coletivas, seja obrigada previamente a informar e a demonstrar aos empregados e seus representantes o motivo da causa objetiva de ordem econômico-conjuntural que justifica a extinção contratual coletiva, bem como seja obrigada a negociar com os empregados e seus representantes as consequências da despedida em massa ou coletiva, quando o artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho prevê que, justamente

nessa hipótese de fala de disposição legal, ele, juiz trabalhista, deve recorrer ao direito comparado.

Ora, a propósito, basta lembrar que o Código do Trabalho português regulou a matéria nos seus artigos 419 e 420, bem como aprovou internamente a Diretiva n. 2002/14/CE do Parlamento e do Conselho da União Européia, que estabelece um quadro geral relativo à informação e à consulta dos trabalhadores.

Pode-se, no entanto, em conclusão, afirmar que não mais persiste a liberdade contratual de despedir em massa no direito brasileiro, como direito potestativo, implícito no artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho, por ausência específica de legislação trabalhista restritiva, já que o ato unilateral do empregador de despedir em massa está condicionado pelo direito fundamental social da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, previsto no texto constitucional, a ser efetivado pela exigência da boa-fé objetiva e de seus deveres anexos de informar e comprovar aos trabalhadores e seus representantes o motivo da causa objetiva da empresa de ordem econômico-conjuntural e de negociar com eles suas conseqüências, sob pena de ser abusiva a despedida em massa, que deverá ser reparada com pagamento indenizatório, a ser medido pela extensão do dano causado aos trabalhadores despedidos.

Bibliografia

- (1) Delgado, Maurício Godinho, **Curso de Direito do Trabalho**, São Paulo, Editora Ltr., 8ª edição, 2009, págs. 1061-1062;

- (2) Abrantes, José João, **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, 287 págs.;
- Amaral, Júlio Ricardo de Paula Amaral, **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**, São Paulo, Editora Ltr., 2007, 118 págs.;
- Canaris, Claus Wilhelm, **Direitos fundamentais e direito privado**, Coimbra, Almedina, 2009, 165 págs.;
- Sarmiento, Daniel, **Direitos fundamentais e relações privadas**, Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 410 págs.;
- Steinmetz, Wilson, **A vinculação dos particulares e direitos fundamentais**, São Paulo, Malheiros Editores, 2004;
- Silva, Virgílio Afonso da, **A constitucionalização dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**, São Paulo, Malheiros Editores, 2008;
- (3) Abrantes, José João, **op.cit.**, págs. 89-90;
- (4) Abrantes, José João, **op.cit.**, pág. 90
- (5) Martins-Costa, Judith, **A boa-fé no Direito Privado**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999;
- Martins-Costa, Judith, **O adimplemento e o inadimplemento no novo Código Civil e seu sentido ético e solidarista**, in O novo código Civil em homenagem ao Prof. Miguel Reale, sob a coordenação de Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Granda da Silva Martins Filho, São Paulo, Editora Ltr., 2ª edição, 2006, 1470 págs.;
- Baracat, Eduardo Milléo, **A boa-fé no Direito Individual do Trabalho**, São Paulo, Editora Ltr., 2003, 278 págs.;

Mazuerkevic, Arion, **A boa-fé objetiva: uma proposta para reaproximação do Direito do Trabalho ao Direito Civil**, *in* O impacto do novo Código Civil no Direito do Trabalho, coordenado por José Affonso Dallegrave Neto e Luiz Eduardo Gunther, São Paulo, LTr. Editora, 2003, 407 págs.