

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO
TRABALHO II**

MARIA ROSARIA BARBATO

LEONARDO RABELO DE MATOS SILVA

RODRIGO GARCIA SCHWARZ

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Leonardo Rabelo de Matos Silva, Maria Rosaria Barbato, Rodrigo Garcia Schwarz – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-159-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito do Trabalho. 3. Meio Ambiente do Trabalho. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO II

Apresentação

A presente publicação, concebida no marco do XXV Congresso do CONPEDI, realizado sob o tema “Direito e desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo”, que tem por escopo problematizar as questões da justiça e da democracia sob o viés do diagnóstico de problemas e da projeção de perspectivas para um Brasil justo, que possa superar as muitas vulnerabilidades históricas que ainda assolam o seu povo e a sua democracia, (re)pensando as relações entre Direito, Política, Democracia e Justiça, seja nos seus aspectos analítico-conceituais e filosóficos, seja no aspecto das políticas públicas e do funcionamento das instituições político-jurídicas, oferece ao leitor, através dos diversos artigos apresentados no Grupo de Trabalho "DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO II" durante o XXV Congresso do CONPEDI, a diversidade e a pluralidade das experiências e do conhecimento científico das quais se extrai, no seu conjunto, o "espírito", ou seja, o sentido e a essência do Direito do Trabalho na atualidade, a partir da apreensão do que está sendo produzido, no âmbito da cultura jurídica brasileira, a respeito do Direito do Trabalho, sobretudo no âmbito do que o Direito do Trabalho tem a oferecer para a superação das severas desigualdades e vulnerabilidades que ainda assombram o nosso país, revelando, assim, no seu conjunto, a partir de distintas vozes e de distintos espaços e experiências, os rumos não só da pesquisa científica a respeito do Direito do Trabalho no Brasil, mas do próprio Direito do Trabalho enquanto ciência, ordenamento e práxis no Brasil, e das correspondentes instituições político-jurídicas e das suas possibilidades de produção de justiça social, em termos axiológicos, filosófico-normativos e teórico-dogmáticos.

Somam-se, assim, as vozes de Alyane Almeida de Araújo, Ana Paula Azevêdo Sá Campos Porto, Angela Barbosa Franco, Augusto Cezar Ferreira de Baraúna, Candy Florencio Thomé, Carla Liguori, Everaldo Gaspar Lopes de Andrade, Fernanda Demarco Frozza, Fernando Franco Morais, Francislaine de Almeida Coimbra Strasser, Gabriela Caramuru Teles, Isabele Bandeira de Moraes Dangelo, Ivo Massuete Oliveira Teixeira, Jefferson Grey Sant'anna, João Hélio Ferreira Pes, Leonardo Cordeiro Sousa, Leonardo Rabelo de Matos Silva, Lourival José de Oliveira, Luciana Alves Dombkowitzsch, Luiza Cristina de Albuquerque Freitas, Maria Cristina Gontijo Peres Valdez Silva, Maria Rosaria Barbato, Michelli Giacomossi, Natalia Xavier Cunha, Rangel Strasser Filho, Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira, Rodrigo Garcia Schwarz, Sandra Mara Franco Sette, Saul Duarte Tibaldi, Tereza Margarida Costa de Figueiredo, Thais Janaina Wenczenovicz, Ursula Miranda Bahiense de Lyra, Valena Jacob Chaves Mesquita e Vivianne de Queiroz Leal em torno dessas discussões, fundadas na

perspectiva das dimensões materiais e eficaciais do direito fundamental ao trabalho decente, assim compreendido o trabalho exercido em condições compatíveis com a dignidade humana, e, portanto, do Direito do Trabalho enquanto possibilidade de produção de justiça social e concomitante instrumento efetivo de superação das muitas vulnerabilidades históricas que ainda assolam o nosso povo e a nossa democracia.

Nesses artigos, são tratadas, assim, distintas questões de crescente complexidade e de crescente relevância para o próprio delineamento dos campos de ação e das possibilidades do Direito do Trabalho da atualidade: dos direitos e princípios fundamentais no trabalho, com a abordagem das questões pertinentes à ação sindical e à negociação coletiva, à erradicação do trabalho infantil, à eliminação do trabalho forçado e à promoção da igualdade de condições e de oportunidades no trabalho, sobretudo na questão de gênero, envolvendo múltiplos coletivos tradicionalmente subincluídos nos mundos do trabalho, às questões do meio ambiente do trabalho, da saúde e da intimidade no trabalho e dos novos horizontes do Direito do Trabalho em tempos de crises, com a abordagem das novas morfologias das relações de trabalho, dos processos de desregulamentação do trabalho e de precarização e flexibilização do Direito do Trabalho, das novas tecnologias e de seus impactos sobre os mundos do trabalho, dos próprios marcos renovados do direito processual do trabalho na efetivação do Direito do Trabalho e, assim, do acesso à Justiça do Trabalho e da efetividade desta, e, portanto, e sobretudo, das novas formas de inclusão e exclusão nos mundos do trabalho, com ênfase para os mecanismos de aplicação e de promoção do Direito do Trabalho e para os novos arranjos criativos de proteção do trabalho.

Daí a especial significação desse conjunto de artigos, que, entre o Direito e as desigualdades, a Democracia e a Justiça, fornece ao leitor, contribuindo com diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo, uma considerável amostra do que vem sendo o agir e o pensar no âmbito do Direito do Trabalho brasileiro, das dimensões materiais e eficaciais do direito fundamental ao trabalho decente e da promoção da justiça social.

Os Coordenadores,

Maria Rosaria Barbato

Leonardo Rabelo de Matos Silva

Rodrigo Garcia Schwarz

A CRISE ECONÔMICA, A NOVA HERMENÊUTICA E O PADRÃO DE DECISÃO DO TST EM DISPENSAS COLETIVAS

THE ECONOMIC CRISIS, THE NEW HERMENEUTICS AND THE DECISION STANDARD IN TST COLLECTIVE DISMISSALS

**Alyane Almeida de Araújo
Tereza Margarida Costa De Figueiredo**

Resumo

A decisão do TST no julgamento do RODC 309/2009 criou uma premissa nas dispensas coletivas, cristalizada na seguinte Norma de Decisão: "a Negociação Coletiva é imprescindível para a Dispensa em Massa de Trabalhadores." Superou-se a ausência de regra escrita para construir o teor fundante em princípios constitucionais e internacionais. Esse estudo objetiva encontrar os pontos de intersecção entre a Nova Hermenêutica e a decisão supracitada, diante da atual crise econômica vivenciada pelo Brasil. Utilizando as técnicas de prospecção bibliográfica e jurisprudencial, por meio do método jurídico-compreensivo, concluiu-se que a Nova Hermenêutica é imprescindível ao atual processo de tomada de decisão.

Palavras-chave: Métodos hermenêuticos, Pós-positivismo, Dispensa coletiva

Abstract/Resumen/Résumé

The Superior Labor Court's decision in RODC 309/2009 created a normative premise crystallized in the following Standard Decision, "the Collective Bargaining is essential for the supply through Workers Mass. " Overcoming the absence of specific written rule to build foundational content of constitutional and international principles. This study aims to find the points of intersection between the New Hermeneutics and the judgment of the TST, front of Brazil's economic crisis. Using the techniques of literature and jurisprudence exploration, through legal and comprehensive method, it was concluded that the new constitutional hermeneutics is necessary for the actual decision-making process.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Methods hermeneutical, Post-positivism, Collective dismissal

1 INTRODUÇÃO

Não obstante a propagação da ideia contrária, sabemos que o Direito do Trabalho é um ramo jurídico relativamente novo no Direito brasileiro, se comparado ao Direito Civil, por exemplo, tendo surgido exatamente da necessidade de nivelar empregado e empregador na pactuação laboral, assegurando a igualdade material dessa relação. Isso porque o panorama fático do contrato de trabalho se desenvolve na mitigação da autonomia da vontade do obreiro.

Posteriormente, entendeu-se que o objeto do Direito do Trabalho precisava ser expandido, alcançando outras relações que não necessariamente de emprego, visto que este ramo visa, acima de tudo, a inclusão social. Assim, outras formas de trabalho, inclusive aquelas marginalizadas e não formalizadas, passaram a ser regidas pelas regras do Direito Trabalhista.

Por outro lado, a legislação trabalhista no Brasil se concentra quase que inteiramente na Consolidação das Leis do Trabalho, um verdadeiro código que visou sistematizar e agregar as normas que, na época de sua criação, eram fragmentadas; o que enfraquecia sobremaneira sua efetividade.

Desde a sua criação, a CLT sofreu diversas alterações, apesar de não ter sido reestruturada em sua totalidade.

Considerando a velocidade das mudanças sócio-culturais e tecnológicas da sociedade, é possível afirmar que muitos de seus dispositivos estão desatualizados e foram revogados ou precisam ser interpretados à luz dos valores constitucionais e internacionais vigentes. Como decorrência da necessidade de atualização da legislação trabalhista, surge para o Poder Judiciário o poder-dever de oxigená-la e atualizá-la mediante as conjunturas sociais e econômicas.

Um dos grandes fantasmas da atualidade é o desemprego estrutural, notadamente diante da atual crise econômica, de modo que a maior parte da atuação sindical gira em torno de fechar acordos que busquem evita-lo, ainda que para isso diversos direitos sociais sejam mitigados. Os empregadores se utilizam do temor do desemprego para repassar os custos de seus negócios para os trabalhadores e para a sociedade, desonerando sua atividade econômica para que esta fique o mais lucrativa possível.

Com o intuito de regular o fenômeno das demissões em massa que atingiram o mercado de trabalho brasileiro em 2009, o Poder Judiciário resolveu estabelecer determinados parâmetros, tendo em vista que, apesar da proteção constitucional à relação de emprego contra a despedida arbitrária por parte do empregador, a legislação trabalhista pátria não foi suficiente para coibi-la (a multa de 40% do FGTS não se configurou em medida desestimulante à dispensa

arbitrária ou sem justa causa), o que gerou um grande permissivo para a legitimação desta prática.

Nesse cenário, a decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho no julgamento do Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo (RODC) nº 309/2009 criou uma premissa normativa a ser observada a partir de então nas despedidas coletivas de trabalhadores, cristalizada na seguinte Norma de Decisão: "a Negociação Coletiva é imprescindível para a Dispensa em Massa de Trabalhadores."

Essa decisão é considerada paradigmática, por ter superado a ausência de regra escrita específica para construir o seu teor fundante em princípios constitucionais e internacionais, a partir das valorações sociais do caso concreto.

Diante do exposto, o objetivo primordial deste trabalho é analisar o padrão de decisão do TST em dispensas coletivas de trabalhadores (popularmente conhecidas como demissões em massa) estabelecido naquela decisão, com pontos de reflexão presentes na Nova Hermenêutica Pós-positivista.

Essa análise torna-se premente diante da atual conjuntura de crise econômica pela qual passa o país, com o consequente aumento das dispensas coletivas¹.

A primeira parte do trabalho apresenta as características da Nova Hermenêutica, a partir de um esboço histórico das origens do positivismo e da fracassada tentativa de "neutralidade" na aplicação das normas do sistema, assim como da permanência da busca pelo valor "Segurança Jurídica".

Em seguida, serão abordadas as fundamentações das decisões do TST e do TRT da 15ª Região no julgamento do Dissídio Coletivo nº 309/2009 (a partir do qual originou o RODC), considerando o que diz o ordenamento jurídico sobre a matéria, em normas escritas e não escritas. Por conseguinte, a última parte destina-se à análise hermenêutica do Padrão de Decisão do TST no julgamento do RODC 309/2009.

2. OS NOVOS MÉTODOS HERMENEUTICOS E A CONSAGRAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

¹ A respeito da atual crise econômica brasileira, confira-se as seguintes reportagens: **Rhodia fecha a fábrica de Jacareí-SP e demite 129 funcionários** Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2015/04/rhodia-encerra-producao-e-demite-129-trabalhadores-em-jacarei-sp.html> acesso em: 22 março 2016 ; **Alcoa fecha a fábrica no Maranhão. Alumínio agora, só importado.** Disponível em: <http://epocanegocios.globo.com/Informacao/Resultados/noticia/2015/03/alcoa-suspende-producao-de-aluminio-no-brasil-e-demite-650-no-maranhao.html> Acesso em: 22 março 2016 ; **95.000 lojas foram fechadas em todo o país no ano de 2015** Disponível em: <http://economia.terra.com.br/crise-leva-ao-fechamento-de-95-mil-lojas-em-2015,e7f41648238c3b6a7a55d24681861e36e860tp8b.html> Acesso em: 22 março 2016

Embora o sistema estritamente positivista de aplicação do direito, enquanto processo silogístico neutro, tenha sido superado, permanece a busca pelo principal valor dessa teoria: a segurança jurídica.

A segurança jurídica hoje representa a busca pela previsibilidade na aplicação das normas do ordenamento jurídico por determinado tribunal, pois é com base no efeito irradiador das decisões judiciais que as pessoas pautam o seu comportamento cotidiano.

A mudança frequente de posições, especialmente quando se trata de decisões contrárias na aplicação do mesmo conteúdo normativo, ameaça essa previsibilidade de “correção da conduta” pelos integrantes da sociedade.

A preocupação central reside na manutenção de algum grau de coerência e consistência com decisões anteriores pelos tribunais, de modo a assegurar o mínimo de certeza e de previsibilidade aos jurisdicionados. Em razão disso, mudanças de entendimento nos tribunais devem ser adequadamente fundamentadas, obedecendo à garantia constitucional de motivação das decisões (FERREIRA, 2014).

De toda forma, o nosso sistema é todo permeado de princípios e normas abertas, o que demanda do aplicador uma bagagem cultural interdisciplinar que o faça estar de acordo com o sistema axiológico e sociológico exalado pelo Estado Constitucional de Direito.

O que se quer dizer com isso é que o próprio sistema normativo tem valores e fins sociais próprios e específicos que devem ser seguidos pelo juiz no momento da decisão.

A situação em que os princípios eram vistos como destituídos de normatividade está ultrapassada desde os escritos de Ronald Dworkin (Levando os direitos à sério, 1977) e Robert Alexy (Teoria dos direitos fundamentais, 1985), onde a norma passou a ser gênero do qual as regras e os princípios são espécies. Atualmente, os princípios constitucionais são considerados o centro do ordenamento jurídico.

A doutrina proclama que os princípios constitucionais são, enfim, o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo (BONAVIDES, 2010) e a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico (BARROSO, 2010). Por esta razão, os princípios, com toda a sua carga axiológica, devem ser aplicados, por serem normas jurídicas cogentes. Dessa forma, é necessário que se quebre o ideário do Direito Ocidental de que os princípios não são auto-aplicáveis e somente podem ser utilizados após a sua transformação em lei.

Esta cultura estritamente legalista não considera a dupla função principiológica, qual seja, de servir de base para o ordenamento e ao, mesmo tempo, ter força de norma, passível de aplicação na busca pela concretização de direitos.

Pensamos, ainda, que não há como sustentar uma neutralidade avessa a sentimentos com as normas abertas da Constituição; é uma conduta muito mais responsável compreender a influência do sentimento constitucional para a formação contínua do ordenamento jurídico, procedendo a uma interpretação mais condizente com a vontade constitucional.

2.1 OS MÉTODOS HERMENÊUTICOS DE APLICAÇÃO DO DIREITO

Na condição de ciência da interpretação, a hermenêutica tem avançado e se consolidado em um dos seus ramos, a hermenêutica jurídica, da qual a constitucional tem ganhado destaque, graças à centralidade dessa matéria no ordenamento jurídico.

O resultado da interpretação variará de acordo com o método de interpretação utilizado.

O método jurídico ou hermenêutico-clássico parte da premissa de que se deve utilizar os recursos da interpretação sistemática, histórica, lógica e gramatical, onde o texto é o ponto de partida e o limite da tarefa de interpretação (SAVIGNY, 2004).

Contudo, esse método não consegue solucionar casos onde a norma constitucional tem cláusula aberta ou é inspirada em conteúdos axiológicos. Por esta razão, surgiram novos métodos hermenêuticos, a seguir delineados:

O método tópico-problemático, criado por Theodor Viehweg, focaliza o problema num processo aberto de argumentação, cuja finalidade é desvendar, dentro das várias possibilidades derivadas da polissemia do texto, a interpretação mais conveniente ao problema. Parte-se do problema (caso concreto) para a norma, fazendo o caminho inverso dos métodos tradicionais, que buscam a solução do caso a partir da norma.

A mais abalizada doutrina apresenta críticas a esse método, pois há o risco de se conduzir a um casuísmo sem limites, degradando-se o caráter normativo da norma constitucional, que passa à condição de mero ponto de vista de interpretação (CANOTILHO, 2003).

Em sentido contrário, o método hermenêutico-concretizador confere primado ao texto constitucional, a partir de onde o intérprete arranca o significado do enunciado, mas sem perder de vista o problema prático, a fim de concretizar o conteúdo material da norma (HESSE, 1991). Sobre essa relação entre o texto e o contexto, com a mediação criadora do intérprete, Canotilho a denomina de círculo hermenêutico (movimento de ir e vir).

De acordo com o método científico-espiritual, criado por Rudolf Smend, a Constituição é um sistema de valores de um povo, cabendo à interpretação aproximar-se desses valores, desvendando o conteúdo axiológico e captando o sentido ‘espiritual’ subjacente ao texto.

O método normativo-estruturante, que também é um método concretista, diferencia-se do método hermenêutico-concretizador porque entende que a norma a ser concretizada não está inteiramente no texto, mas é o resultado entre este e a realidade. Este método apregoa que o texto de um preceito jurídico é apenas a parte descoberta do iceberg normativo, pois a norma compreende o texto e o domínio normativo, que é a realidade social (MÜLLER, 2005).

Por fim, Canotilho afirma que, em tempos recentes, a comparação jurídica (método de interpretação comparativa) é erguida a quinto método de interpretação e tem sido utilizada pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia em torno dos direitos fundamentais.

Podemos encontrar a origem desse último método em Peter Häberle (1997), defensor de uma interpretação pluralista da Constituição, tese da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, sendo possível, através dela, estabelecer a comunicação entre várias Constituições.

No Brasil, os fenômenos recentes da constituição-garantia, da constitucionalização do Direito, da judicialização da política e da progressiva incorporação à prática judicial de estilos hermenêuticos mais dinâmicos e flexíveis tem gerado uma grande relevância prática do campo da interpretação constitucional (SARMENTO, 2010).

3 A DECISÃO DO TST NO JULGAMENTO DO RODC 309/2009 E A MUDANÇA DE PARADIGMA NO TRATAMENTO DA DISPENSA EM MASSA

Inexiste qualquer norma do ordenamento jurídico interno que regulamente de forma específica a dispensa coletiva de trabalhadores, popularmente conhecida como demissão em massa.

O art. 7º, inciso “I”, da Constituição Federal, prevê como direito dos trabalhadores urbanos e rurais a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, sem traçar diretrizes concretas para esta proteção. A legislação infraconstitucional por sua vez também se manteve silente acerca da despedida arbitrária. Assim sendo, a norma constitucional era a que vinha sendo aplicada, tanto às dispensas individuais quanto às dispensas coletivas, até o julgamento do Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo nº 309/2009 pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Aquele dispositivo constitucional determinou a edição de lei complementar que impusesse uma indenização compensatória, dentre outros direitos; até agora não formulada. O artigo 10º, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabeleceu uma regra de transição enquanto não editada a lei complementar, conferindo uma indenização: a famosa multa de 40% do FGTS.

Reduzida a seu efeito meramente pecuniário, a dispensa arbitrária ou sem justa causa, denominada “denúncia vazia” do contrato de trabalho, transformou-se em “poder potestativo” do empregador, inclusive em empresas públicas ou sociedades de economia mista, que pressupõem admissão mediante prévia aprovação em concurso público. É essa a interpretação majoritária do Tribunal Superior do Trabalho, em inúmeros julgados² e que, evidentemente, tem efeito irradiador sobre os demais tribunais do país³ e sobre as condutas dos particulares.

Em consulta aos dados estatísticos da Relação Anual de Informações Sociais – RAIS, base de dados 2012, divulgada em outubro de 2013 (Comunicado MTE nº 195, de 11 de outubro de 2013), constata-se a disparidade entre o que prevê a norma constitucional (vedação à dispensa arbitrária ou sem justa causa) e o que acontece no mundo dos fatos. Num total de pouco mais de doze milhões de demissões, quase doze milhões correspondem à demissão sem justa causa, representando 96,73% do total, enquanto que as demissões com justa causa correspondem a quatrocentas e quatro mil e trinta e sete pessoas, ou seja, 3,27% do total (Fonte: Portal MTE-RAIS/CAGED. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/caged/estatisticas.htm>>. Acesso: 15 abr. 2014).

Assim, em vez de proibida, essa atitude unilateral foi sendo paulatinamente utilizada pela prática empresarial e interpretada pela jurisprudência nacional como um poder, um direito, sem que houvesse interesse em edição de lei específica para a proteção da parte hipossuficiente desta “faculdade” do empregador. A famosa “multa dos 40%” passou de disposição transitória

² A própria fundamentação da decisão estudada no presente artigo afirma: “Ao contrário do Direito Individual, em que o próprio ordenamento prevê as sanções para o caso de dispensa sem justa causa, não existe juridicamente dispensa meramente arbitrária e potestativista de natureza coletiva”. Para demonstrar que essa interpretação é antiga no Tribunal, apresentamos as seguintes ementas: “O regime jurídico aplicável às empresas privadas admite o livre exercício do direito potestativo do empregador de proceder à despedida arbitrária.” (TST - RR: 342000720095040026 34200-07.2009.5.04.0026, Relatora: Maria Doralice Novaes, Data de Julgamento: 15/06/2011, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/06/2011). “A teor do art. 173, § 1º, da Constituição da República, e segundo o entendimento pacificado nesta Corte na Orientação Jurisprudencial 247 da SDI-I, a admissão do trabalhador, mediante prévia aprovação em concurso público, não afeta nem suprime o direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho reconhecido, como regra, também às sociedades de economia mista e empresas públicas.” (TST - RR: 7847502720015015555 784750-27.2001.5.01.5555, Relatora: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Data de Julgamento: 29/10/2008, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 28/11/2008).

³ É curioso notar que a decisão que ora se analisa no presente estudo manteve o Acórdão do TRT da 15ª Região, que afirmou em sua fundamentação: “a reclamada tem o poder potestativo de demitir. Este poder insere-se no âmbito das dispensas individuais, para as quais, como visto acima, há uma proteção legal específica.” (DC 309/2009).

para prática legalizada e incorporada ao ordenamento pátrio, desvirtuando-se a verdadeira ratio da disposição constitucional que impõe a regulamentação da dispensa imotivada: proteger o empregado, parte hipossuficiente da relação em estudo, das arbitrariedades do empregador que, por sua vez, utiliza a falta de regulamentação para assumir contratos por tempo determinado, olvidando-se do princípio da continuidade da relação empregatícia.

Neste sentido, embora não seja o objeto de estudo do presente artigo, vale a pena registrar a corrente de pensamento que considera que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia jurídica, até mesmo as limitadas e contidas, pois há, no mínimo, uma “eficácia jurídica de vinculação negativa”, revogando os atos em sentido contrário, vinculando o legislador e conferindo direitos subjetivos negativos ou de vínculo; e “eficácia jurídica de vinculação positiva”, informando o sentido da Constituição ao operador jurídico no momento da interpretação e da integração da Constituição e condicionando o legislador para a concretização de suas imposições (CLÈVE, 2000, p. 320), o que implica que, ao menos em tese, algo que é vedado constitucionalmente não poderia ser interpretado como não só autorizado, mas também como um “poder potestativo” por quem estaria obrigado a não fazê-lo.

Dessa forma, utilizar de dispositivo criado para reger transitoriamente as relações de emprego findas por dispensa arbitrária (multa de 40%) é afastar-se do seu verdadeiro sentido, sendo imprescindível interpretá-lo a luz do texto constitucional que preza pela continuidade da relação de emprego de forma expressa e impõe ao legislador a tarefa de disciplinar a sua violação.

O Direito do Trabalho não pode se afastar do seu verdadeiro objetivo, qual seja, a proteção da classe trabalhadora. Monetizar a dispensa imotivada apenas amortiza os seus efeitos, não prezando de forma alguma pela continuidade da relação empregatícia, mas instituindo um *valor* pela arbitrariedade do empregador.

3. 1 O JULGAMENTO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

O Dissídio Coletivo nº 309/2009 foi ajuizado pelo Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região em face da Empresa Brasileira de Aeronáutica - Embraer S.A., após a demissão em massa de 4.200 trabalhadores.

Os suscitantes pediam, em suma, a declaração de nulidade das dispensas coletivas efetivadas por não ter havido negociação prévia entre os sindicatos da categoria.

O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região declarou a abusividade da dispensa coletiva, entendeu inexistir garantia de emprego ou estabilidade que justificasse a reintegração (ressalvados os casos previstos em lei e em normas coletivas) e concedeu a cada empregado dispensado uma compensação financeira de dois valores correspondentes a um mês de aviso prévio, até o limite de sete mil reais. A ementa do julgado está expressa nos seguintes termos:

CRISE ECONÔMICA - DEMISSÃO EM MASSA – AUSÊNCIA DE PRÉVIA NEGOCAÇÃO COLETIVA – ABUSIVIDADE – COMPENSAÇÃO FINANCEIRA – PERTINÊNCIA. As demissões coletivas ou em massa relacionadas a uma causa objetiva da empresa, de ordem técnico-estrutural ou econômico-conjuntural, como a atual crise econômica internacional, não podem prescindir de um tratamento jurídico de proteção aos empregados, com maior amplitude do que se dá para as demissões individuais e sem justa causa, por ser esta insuficiente, ante a gravidade e o impacto sócio-econômico do fato. Assim, governos, empresas e sindicatos devem ser criativos na construção de normas que criem mecanismos que, concreta e efetivamente, minimizem os efeitos da dispensa coletiva de trabalhadores pelas empresas. À míngua de legislação específica que preveja procedimento preventivo, o único caminho é a negociação coletiva prévia entre a empresa e os sindicatos profissionais. Submetido o fato à apreciação do Poder Judiciário, sopesando os interesses em jogo: liberdade de iniciativa e dignidade da pessoa humana do cidadão trabalhador, cabe-lhe proferir decisão que preserve o equilíbrio de tais valores. Infelizmente não há no Brasil, a exemplo da União Européia (Directiva 98/59), Argentina (Ley n. 24.013/91), Espanha (Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1995), França (Lei do Trabalho de 1995), Itália (Lei nº. 223/91), México (Ley Federal del Trabajo de 1970, cf. texto vigente - última reforma foi publicada no DOF de 17/01/2006) e Portugal (Código do Trabalho), legislação que crie procedimentos de escalonamento de demissões que levem em conta o tempo de serviço na empresa, a idade, os encargos familiares, ou aqueles em que a empresa necessite de autorização de autoridade, ou de um período de consultas aos sindicatos profissionais, podendo culminar com previsão de períodos de reciclagens, suspensão temporária dos contratos, aviso prévio prolongado, indenizações, etc. No caso, a EMBRAER efetuou a demissão de 20% dos seus empregados, mais de 4.200 trabalhadores, sob o argumento de que a crise econômica mundial afetou diretamente suas atividades, porque totalmente dependentes do mercado internacional, especialmente dos Estados Unidos da América, matriz da atual crise. Na ausência de negociação prévia e diante do insucesso da conciliação, na fase judicial só resta a esta Eg. Corte, finalmente, decidir com fundamento no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, com base na orientação dos princípios constitucionais expressos e implícitos, no direito comparado, a partir dos ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin, Paulo Bonavides e outros acerca da força normativa dos princípios jurídicos, é razoável que se reconheça a abusividade da demissão coletiva, por ausência de negociação. Finalmente, não sobrevivendo mais no ordenamento jurídico a estabilidade no emprego, exceto as garantias provisórias, é inarredável que se atribua, com fundamento no art. 422 do CC – boa-fé objetiva - o direito a uma compensação financeira para cada demitido. Dissídio coletivo que se julga parcialmente procedente. (TRT 15. DC 00309-2009-000-15-00-4. Tribunal Pleno. Relator: Desembargador José Antonio Pancotti. Data da Publicação: DOESP 30/03/2009).

Os fundamentos utilizados pelo TRT da 15ª Região foram os seguintes: 1) há diferenças marcantes entre dispensa individual e coletiva, conforme doutrina de Orlando Gomes, Renato Rúa de Almeida e Amauri Mascaro do Nascimento; 2) a Convenção nº 158, da OIT, ratificada pelo Brasil em 11/04/1996 e denunciada em 20/11/1996, determina um

procedimento para a demissão coletiva; 3) a União Europeia e países como Espanha, Portugal, México e Argentina, estabelecem um regramento específico para a dispensa coletiva; 4) Acordos e Convenções Coletivas de Trabalho se inspiram nos costumes ou nas diretrizes da Convenção nº 158, da OIT; 5) os princípios têm força normativa, conforme as teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin, sendo fundamentais, nos termos da doutrina de Norberto Bobbio, prevalentes no pós-positivismo, consoante posição de Paulo Bonavides e Cinthia Maria Fonseca Espada, e resultado de valores cristalizados, na forma da lição de José Afonso da Silva; 6) aplicam-se os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (no art. 1º, III e IV), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento econômico, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outras formas de discriminação (no art. 3º, I, II, III e IV), a independência nacional e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, I e II); 7) existem mecanismos de contenção de abusos do poder econômico na Constituição (art. 170 a 192) e de desenvolvimento social que proclamam a necessidade de redução da desigualdade social e da pobreza, através de ações que garantam ao cidadão: acesso ao trabalho, previdência social, saúde, educação, assistência social, proteção ao meio ambiente, cultura, família, criança, adolescente, idoso etc. (arts. 6º, 7º e 193 a 232); 8) de acordo com a legislação comparada e a Convenção nº 158 da OIT, as demissões coletivas não podem ser aceitas, a não ser quando obedecidos todos os rituais próprios e específicos; 9) a eficácia da Convenção nº 158 da OIT, no Brasil, deriva do compromisso com a declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e do simples fato de pertencer à Organização; 10) não há discricionariedade absoluta para demissão coletivas, sob pena de incidir abuso do poder econômico, inserido na infração ao dever da boa-fé objetiva prevista no art. 422, do Código Civil; 11) os comandos da Convenção nº 158, da OIT, podem ser interpretados como princípios gerais de direito do trabalho.

Em consequência, o TRT declarou: a) a abusividade do procedimento das suscitadas ao praticar a dispensa coletiva, sem nenhuma negociação coletiva prévia com as entidades sindicais, nem instituição de programa de demissão voluntária incentivada; b) a inexistência de garantia de emprego ou de estabilidade que justifique a reintegração, ressalvados os casos de estabilidade provisória previstos em lei ou em normas coletivas, que poderão ser objeto dissídios individuais; c) o direito de cada empregado demitido a uma compensação financeira de dois valores correspondentes a um mês de aviso prévio, até o limite de sete mil reais; d) a eficácia da liminar concedida até o dia 13.03.2009, para manter vigente até esta data os

contratos de trabalho em todos os seus efeitos; e) a manutenção dos planos de assistência médica aos trabalhadores demitidos e seus familiares por doze meses a contar de 13.03.2009; e f) nos casos de reativação dos postos de trabalho, de acordo com as necessidades da empresa, preferência na seleção dos empregados despedidos que se apresentem e preencham as qualificações exigidas pelos cargos disponíveis, mantida durante dois anos.

Essa decisão foi pioneira na ordem jurídica, aplicando normas de um Tratado que, denunciado unilateralmente⁴, ainda pode surtir efeitos no sistema normativo interno, por inspirar negociações coletivas internas (normas autônomas, criadas pelas partes), por refletir vários princípios do ordenamento, como os valores sociais do trabalho, por derivar do compromisso com a declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e do simples fato de o Brasil pertencer à Organização e até mesmo pela possibilidade de serem interpretadas como princípios gerais de direito do trabalho.

O art. 13, § 1º, alíneas “a” e “b”, da Convenção nº 158, estabelece um procedimento de informação e de negociação coletiva quando o empregador prever término da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos.

Com efeito, essa mediação com o sindicato da categoria dos trabalhadores é imprescindível diante dos efeitos da despedida em massa. Na hipótese de terminação contratual de um grande grupo de pessoas, o interesse coletivo encontra-se presente não somente no grupo de trabalhadores atingidos pela medida, mas em toda a população em que está localizada a empresa, pelos efeitos econômicos, sociais e familiares nefastos dessas despedidas.

Importa ainda destacar que os sindicatos têm maior autonomia de vontade para negociar com os empregadores, devido ao seu caráter de coletividade. Deve-se, portanto, atentar para os tipos de negociações realizadas, pois de forma alguma deve ser permitido a monetização da saúde ou da dignidade do obreiro, relativizando direitos indisponíveis para otimizar os

⁴ A Convenção nº 158 da OIT, sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, foi aprovada na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 1982) e entrou em vigor no plano internacional em 23 de novembro de 1985. O depósito da carta de ratificação, após regular trâmite de aprovação pelo Poder Legislativo (Decreto Legislativo nº 68/92), foi efetuado na Repartição Internacional do Trabalho (RIT) da OIT pelo Governo Brasileiro em 05 de janeiro de 1995. Em seguida, foi promulgada pelo Decreto nº 1.855, de 10 de abril de 1996. Infelizmente, no entanto, meses após o depósito da carta de ratificação, em 23 de dezembro de 1996, o chefe do Poder Executivo denunciou unilateralmente a Convenção através da publicação do Decreto nº 2.100/96. Há razoável quantidade de estudos sobre a (ir) regularidade do trâmite e a (in) validade da denúncia e a questão já foi levada ao Supremo Tribunal Federal, que ainda não decidiu a respeito. Não é objeto desse estudo a apreciação dos posicionamentos acerca da validade ou não da denúncia unilateral do Tratado, mas apenas dos motivos pelos quais ela foi aplicada na presente decisão. Expressamos, porém, a nossa filiação à corrente que defende a vigência desse Tratado no Brasil, por ausência de observância ao processo interno de denúncia, pois esta foi feita unilateralmente pelo Chefe do Executivo e a revogação de um Tratado só pode ser feita, regra geral, através de um processo semelhante ao de sua criação. Neste sentido, Cf.: MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Volume I. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ganhos do empregador. Condições de trabalho impróprias, redução salarial e jornadas exaustivas jamais devem ser vistas como opções para se evitar o “dano maior” causado pelo desemprego, visto que o custo da atividade econômica não pode ser suportado pelo trabalhador, pois o lucro com este não é repartido.

“No Brasil, é notória a alegação de que os encargos sociais impedem novas contratações, de que o trabalho é extremamente oneroso, a legislação brasileira excessivamente benéfica.” (OLIVEIRA, 2009, p.43). Entretanto, o que se constata, na realidade, é a existência de normas trabalhistas defasadas e que permitem a legitimação da exploração do empregado. Por outro lado, muitas das disposições constitucionais que prezam pela valorização do trabalho carecem de regulamentação, como é o caso da dispensa imotivada, diminuindo sobremaneira a proteção do indivíduo hipossuficiente na pactuação laboral.

Neste sentido, a doutrina mais abalizada já advertiu que, para minorar os efeitos adversos da dispensa, podem ser tomadas as seguintes condutas pelas autoridades administrativas: a) verificar a existência real das dificuldades financeiras; b) fiscalizar a impossibilidade de serem adotadas outras medidas substitutivas ou a insuficiência das mesmas para resolver a situação; e c) inspecionar os critérios objetivos utilizados na seleção do pessoal encaminhado ao seguro desemprego (PLÁ RODRIGUEZ, apud SUSSEKIND, 2000).

3.2 O JULGAMENTO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Contra a decisão proferida no Dissídio Coletivo nº 309/2009 pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, a Embraer interpôs Recurso Ordinário perante o Tribunal Superior do Trabalho, alegando, em suma, que a decisão da Corte Regional utilizou princípios de forma supletiva, o que é inadmissível ante a existência de regra própria, e que as empresas observaram a boa-fé objetiva nas dispensas.

O TST decidiu reformar o Acórdão recorrido, dando provimento ao recurso da Embraer, mas, em contrapartida, estabeleceu uma premissa a ser aplicada para casos futuros: a obrigatoriedade de prévia negociação coletiva com o sindicato da categoria para a validade jurídica do ato demissional coletivo.

Os fundamentos utilizados no voto vencedor, da lavra do Ministro Maurício Godinho Delgado, consistiram basicamente no fato de a dispensa coletiva ser fato distinto da dispensa individual nos seguintes aspectos: estrutura, dimensão, profundidade, efeitos, impactos e repercussões.

Houve um exercício analógico de interpretação para diferenciar um ato individual de um ato coletivo: deixar de comparecer ao posto de trabalho individualmente possui punição prevista pelo direito, podendo ser considerada até mesmo como justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, nos termos do art. 482, da CLT; ao passo que uma conduta omissiva de uma coletividade, em não comparecer ao trabalho, não se configura como infração trabalhista, mas como um direito constitucionalmente previsto, ou seja, o direito de greve (art. 9º, CF/88).

Essa analogia também foi utilizada no referido Acórdão no campo das ciências, onde se retratou que uma doença coletiva é considerada uma epidemia, ao passo que uma individual não tem a mesma estrutura e característica, ensejando soluções diversas.

Assim sendo, por ser correspondente a fato econômico, social e jurídico diverso da despedida individual, pela acentuação da lesão provocada e pelo alargamento de seus efeitos, que deixam de ser restritos a alguns trabalhadores e suas famílias, atingindo, além das pessoas envolvidas, toda a comunidade empresarial, trabalhista, cidadina e até mesmo regional, abalando, ainda, o mercado econômico interno, a dispensa coletiva é um fato manifestamente diferente da dispensa individual e neste sentido deveria ser considerada, afim de serem aplicadas as regras do Direito Coletivo do Trabalho.

Logo em seguida, a fundamentação do voto vencedor no julgamento passa a descrever normas do direito constitucional (art. 1º, III, IV, art. 5º, XXIII, art. 6º, art. 8º, III e VI e art. 170, III e VIII, CF) e infraconstitucional no Brasil, assim como diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT nº 11, 87, 98, 135, 141 e 151).⁵

Entendeu-se que o art. 6º, "caput", e § 1º da Lei nº 5.107/66 (que corresponde à indenização de 40% do FGTS) é aplicado de forma isolada apenas no âmbito das dispensas individuais; nas dispensas coletivas, esses dispositivos não são suficientes para coibir a dispensa meramente arbitrária e potestativa.

Estabeleceu-se, ainda, que a norma do art. 7º, I, da Constituição Federal, quando aplicado às dispensas coletivas, é norma de eficácia contida, ou seja, tem aplicabilidade imediata que pode ser restringível por diploma infraconstitucional.

Quanto à existência de lacunas, foi lembrada a disposição do art. 8º da CLT, que determina, na falta de disposições legais ou contratuais, a aplicação da jurisprudência, analogia,

⁵ É interessante notar, neste ponto, que a Convenção nº 158 não foi aplicada na decisão do TST, embora estivesse presente de forma reiterada na decisão do TRT. Certamente para afastar controvérsias sobre a inaplicabilidade de tratado denunciado no ordenamento jurídico brasileiro.

equidade, princípios e normas gerais de direito, principalmente do Direito do Trabalho, usos e costumes e direito comparado.

O art. 8º, incisos III e VI, da Constituição, foi utilizado para dizer que em questões coletivas a participação do sindicato é essencial.

Após toda essa fundamentação, a Seção de Dissídios Coletivos do TST fixou a seguinte premissa: "a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores", mas apenas para casos futuros.

A premissa não foi aplicada à hipótese dos autos, sob o fundamento de que não houve abusividade ou falta de boa-fé objetiva na dispensa massiva perpetrada, pois a premissa então fixada não era acolhida na jurisprudência dominante até aquela data.

Para casos futuros, ficou estabelecido que a negociação coletiva é imprescindível. Essa negociação, segundo a decisão, poderá fixar condutas para o enfrentamento da crise econômica empresarial, atenuando o impacto da dispensa coletiva, com a adoção de certas medidas ao conjunto dos trabalhadores ou a uma parcela deles, seja pela adoção da suspensão do contrato de trabalho para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador (art. 476-a da CLT), seja pela criação de Programas de Demissão Voluntária (PDVs), seja pela observação de outras fórmulas atenuantes instituídas pelas partes coletivas negociadas. Além disso, para os casos em que a dispensa seja inevitável, critérios de preferência social devem ser eleitos pela negociação coletiva, tais como a despedida dos mais jovens em benefício dos mais velhos, dos que não tenham encargos familiares em benefício dos que tenham, e assim sucessivamente, excluídos do rol dos passíveis de desligamento, em todo caso, os trabalhadores protegidos por garantias de emprego, tais como licença previdenciária, ou com debilidades físicas reconhecidas, portadores de necessidades especiais, gestantes, dirigentes sindicais e diretores eleitos de CIPAs.

Para o caso dos autos, a maioria da SDC, vencido o Ministro Relator, deu provimento ao recurso ordinário da Embraer, afastando a declaração de abusividade das dispensas e, por consequência, mantendo o ato empresarial da demissão coletiva dos 4.200 trabalhadores. A seguir, a redação da Ementa final do Julgado:

RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. DISPENSAS TRABALHISTAS COLETIVAS. MATÉRIA DE DIREITO COLETIVO. IMPERATIVA INTERVENIÊNCIA SINDICAL. RESTRIÇÕES JURÍDICAS ÀS DISPENSAS COLETIVAS. ORDEM CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EXISTENTE DESDE 1988. A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes. A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas,

hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o funcionamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas têm natureza massiva. O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea - sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada - é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada. As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora, somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional como a de 1891, já há mais um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a direitos humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontrastável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que "a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores". DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS. A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por de tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, para casos futuros, de que "a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores", observados os fundamentos supra. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial. (TST. RODC 30900-12.2009.5.15.0000, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 10/08/2009, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 04/09/2009).

As decisões do TST e do TRT da 15ª Região, no julgamento do DC 309/2009, superaram a mera aplicação da “regra jurídica”, para permearem a fundamentação de princípios e valorações sociais do caso concreto.

Trata-se, portanto, de um julgamento paradigmático no atual Estado Pós-Positivista de Direito, e para a compreensão exata da extensão e dos efeitos dessa decisão, parte-se para a discussão hermenêutica de como ela foi adotada.

4. ANÁLISE HERMENÊUTICA DA DECISÃO PROFERIDA NO RODC 309/2009

A decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho no Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo nº 309/2009 criou uma premissa normativa para casos futuros que não estava prevista em regra jurídica.

De acordo com o teor fundante da decisão, porém, essa premissa normativa estava prevista em princípios constitucionais expressos nos seguintes dispositivos da Constituição: art. 1º, III, IV, art. 5º, XXIII, art. 6º, art. 8º, III e VI e art. 170, III e VIII. Logo, a força normativa dos princípios foi regularmente observada.

Diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT nº 11, 87, 98, 135, 141 e 151) também foram utilizados enquanto normas integrantes do ordenamento interno, dotadas de eficácia cogente.

Desse modo, considerando a drástica diferença entre a dispensa coletiva e a dispensa individual (nas sua estrutura, dimensão, profundidade, efeitos, impactos e repercussões), o Colendo TST imergiu em valores axiológicos presentes na ordem constitucional através das consequências a serem consideradas no plano dos fatos.

É relevante ressaltar, portanto, que tanto os valores quanto as consequências finalísticas da decisão foram embasadas na ordem constitucional e internacional de proteção dos direitos do trabalhador.

A premissa: "a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores", fixada pela Seção de Dissídios Coletivos do TST, tornou-se uma norma de decisão a ser observada ao lado da norma constitucional escrita no art. 7º, I, da Constituição.

Verifica-se que o órgão colegiado partiu das normas constitucionais de princípios abstratos que, aplicadas à situação fática em análise, ganharam densidade normativa suficiente à concretização. A norma concretizada não estava inteiramente no texto, mas sim na soma deste com a realidade dos fatos. Logo, o método aplicado pelo TST foi o método normativo-estruturante desenvolvido por Friedrich Müller (2005), melhor explanado em tópico oportuno.

Além disso, houve o atendimento da segurança jurídica, pois a premissa foi estabelecida para ser aplicada apenas a casos futuros, atendendo ao requisito da previsibilidade na aplicação das normas do ordenamento jurídico, normalizando o efeito irradiador das decisões judiciais e mantendo a consistência de fundamentação e motivação exigidas pelo art. 93, IX, da Constituição.

A norma de decisão, que é o resultado da operação da aplicação da norma escrita pelo juiz, deve ter correspondência de legitimidade com os verdadeiros valores constitucionais que

emanam do titular da soberania: o povo. Em outras palavras, a decisão deve guardar correspondência com o sistema axiológico e sociológico exalado pela ordem constitucional.

Neste ínterim, as questões de vida das pessoas devem ser canalizadas ao processo, para a efetividade das promessas de tutela jurisdicional permitidas pela Constituição, pois somente os valores da Constituição se constituem em imprescindível fonte de legitimação das decisões judiciais, devendo nortear seus valores, princípios, regras, dinamicidade, espírito, força, potência, integração e vivacidade (BONIFÁCIO, 2008). O déficit de legitimidade das decisões do Poder Judiciário aparece quando a norma constitucional é aviltada ou afastada por sentenças ao arrepio dos valores e direitos fundamentais (ibidem).

Dessa forma, os valores e princípios presentes na Constituição Federal de 1988 não podem ser ignorados ou encarados com discricionariedade, visto que resumem as opções políticas, sociais e jurídicas do Estado brasileiro.

No âmbito da proteção ao trabalhador, a elevação da valorização do trabalho a fundamento constitucional e também fundamento da ordem econômica do país instituiu um novo conceito de trabalho, um trabalho digno, emancipador, que não seja sinônimo de sofrimento ou exploração. Busca-se enxergar, durante a prestação laboral, a dignidade do indivíduo que ali desempenha suas atividades, dignidade esta que não pode ser negociada em prol do lucro. Assim, conforme lecionam Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2015, p.161),

[...] a promulgação da Constituição Federal de 1988 é um marco no debate em torno desse processo de desmercantilização, por elaborar fundamentos mais sistematizados de proteção ao trabalho. Notadamente, o elenco de direitos fundamentais previstos na Constituição unifica o sentido de proteção ao trabalho e, em certa medida, direciona o sentido de atuação da Justiça do Trabalho.

Dessa forma, não pode o Poder Judiciário fugir de sua função de atualização deste ramo do Direito, analisando situações contemporâneas e colmatando lacunas que venham a surgir, tendo em vista que a legislação pátria trabalhista foi fundada em outra ordem constitucional, com outras opções de Estado e outra visão do indivíduo que não a atual.

De acordo com Maurício Godinho Delgado (2015, p.71-89), o Direito do Trabalho tem como principais funções: a melhoria das condições de pactuação e gestão do trabalho na vida socioeconômica; a função econômica modernizante e progressista; a função civilizatória e democrática e a função conservadora.

A melhoria das condições de pactuação e gestão do trabalho se confundem com o próprio objetivo deste ramo do Direito, que visa proteger o indivíduo hipossuficiente na relação

empregatícia. Assim, sempre devem ser buscadas melhores condições de trabalho como forma de se resguardar a dignidade do indivíduo na prestação laboral.

A função econômica modernizante e progressista visa, por sua vez, manter o Direito do Trabalho atualizado, abarcando as novas formas de trabalho contemporâneo e prezando pela valorização do trabalho decente como norte da pactuação laboral.

A função civilizatória e democrática objetiva uma maior libertação do trabalhador, podendo este participar e opinar na prestação laboral. Assim, a relação de trabalho não é sinônimo de total subserviência do empregado ao empregador, de modo que o Direito do Trabalho não venha a tutelar apenas os desempregados, mas que venha a ser utilizado como forma de reivindicação pelo indivíduo ainda ao desempenhar suas atividades.

Por fim, a função conservadora indica a manutenção dos objetivos desse ramo do Direito, não se podendo esquecer que apesar das revoluções tecnológicas experimentadas pela sociedade atual, o trabalhador ainda continua a ser parte hipossuficiente desta relação e não tem total autonomia para negociar seus aspectos. Dessa forma, a função conservadora objetiva que o Direito do Trabalho não perca o seu viés de promoção da igualdade material e inclusão social da classe trabalhadora, apesar das pressões sofridas pelas classes dominantes para a sua flexibilização.

De acordo com Murilo Carvalho Sampaio Oliveira (2009, p. 25), em 2002 havia, no Brasil, 27 milhões de trabalhadores formalmente empregados, quando a população economicamente ativa do país girava em torno de 76, 5 milhões de trabalhadores. Desse modo, fica claro que boa parte da população economicamente ativa se encontra à margem do Direito do Trabalho, vulnerável aos desmandos do empregador.

Continuar permitindo a legitimação da dispensa em massa de acordo com a mera vontade do empregador seria ferir os objetivos do Direito do Trabalho e condenar a classe trabalhadora a depender única e exclusivamente da autonomia da vontade da parte de quem detém o poder social e econômico. A falta de regulamentação infraconstitucional e a denúncia de convenção da OIT neste sentido não podem ser utilizadas como desculpa para promover o desemprego estrutural, monetizá-lo ou permitir a negociação de direitos indisponíveis dos trabalhadores, como vem ocorrendo na atualidade.

A efetividade das normas jurídicas, principalmente das normas constitucionais – justamente as mais importantes, tem encontrado cada vez mais obstáculos, os quais são produtos da cultura jurídica predominante, calcada no modelo jurídico individualista, formalista e patrimonialista, que não mais se adequa à atual sociedade plural, desigual e diferente (ibidem, p.23)

Portanto, a decisão do TST que fixou parâmetros para demissão em massa visa justamente a aplicação dos valores e diretrizes constitucionais ao cotidiano, realizando de forma brilhante e extremamente necessária a atualização do Direito do Trabalho, a prevalência da segurança jurídica e a interpretação constitucional, de acordo com parâmetros de dignidade do trabalhador e de promoção ao trabalho decente, aspectos que norteiam o Estado Democrático de Direito e que são internalizados pelo Brasil pela sua simples integração à OIT.

Não podemos deixar de considerar que até mesmo os estudiosos da lógica jurídica propagam a ideia de que a justiça dos dias atuais, para deixar de ser puramente formalista, deve se afastar do lugar comum presente no argumento da decisão estritamente formalista, e se aproximar da demonstração de que ela é efetivamente equitativa, oportuna e socialmente útil:

Na medida em que o funcionamento da justiça deixa de ser puramente formalista e visa a adesão das partes e da opinião pública, não basta indicar que a decisão é tomada sob a proteção da autoridade de um dispositivo legal, é necessário demonstrar ainda que é equitativa, oportuna, socialmente útil (PERELMAN, 2000, p. 216).

A nosso sentir, a nova hermenêutica constitucional demanda a inequívoca necessidade de que o Juiz tenha um forte preparo humanista, acompanhado de uma marcante sensibilidade social, a fim de colmatar as lacunas que porventura surjam e fazer evoluir o direito às respostas e às questões que lhes forem opostas.

5 CONCLUSÃO

O padrão de decisão estabelecido pelo Tribunal Superior do Trabalho no julgamento do RODC 309/2009 permite constatar que a demissão em massa de trabalhadores necessita de requisitos jurídicos não expressos em regras jurídicas.

Os princípios constitucionais e internacionais, enquanto normas jurídicas dotadas de eficácia cogente, foram utilizados para o estabelecimento de uma premissa normativa: a de que "a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores."

Esse padrão de decisão está alinhado com a superação e transição do modelo positivista ao modelo pós-positivista do Direito, bem como se afina com a tendência atual de publicização do Direito do Trabalho, ramo historicamente ligado, pela cultura jurídica ocidental, à tutela das relações privadas e individuais, olvidando-se do seu real objetivo e objeto.

A decisão firmada no RODC 309/2009, por exemplo, conseguiu, a um só tempo, conferir força normativa aos princípios constitucionais e internacionais, dotar tais princípios da

densidade normativa suficiente à concretização, descobrir valores axiológicos presentes na ordem constitucional através das consequências a serem consideradas no mundo dos fatos, por meio do método normativo-estruturante desenvolvido por Friedrich Müller (2005), atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum das normas (art. 5º, LINDB).

Não menos importante, também logrou êxito no atendimento ao valor da segurança jurídica, pois a premissa foi estabelecida para ser aplicada a casos futuros, em atenção ao requisito da previsibilidade na aplicação das normas do ordenamento jurídico, normalizando o efeito irradiador das decisões judiciais e mantendo a consistência de fundamentação e motivação exigidas pelo art. 93, IX, da Constituição Federal.

6 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em 20 de janeiro de 2014: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. O Papel da Justiça do Trabalho no Brasil, p.150-161 In: DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e direitos fundamentais: Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTR, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. Funções do Direito do Trabalho no Capitalismo e na Democracia, p.71-89 In: DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e direitos fundamentais: Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTR, 2015.

FERREIRA, Vivian Maria Pereira; BASTOS, Marina Montes. Padrões e Deficiências na Fundamentação do STF: Uma análise da construção argumentativa do STF na ausência de citação de jurisprudência. In: **Revista “Direito em Debate”**. Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí. p. 187-228. Ano XXIII nº 41, jan.-jun. 2014.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Volume I. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **(Re) pensando o princípio da proteção na contemporaneidade**. São Paulo: LTR, 2009.

PERELMAN, Chäim. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia jurídica**. Campinas: Edicamp, 2004.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Editora LTR, 2000.