

A necessidade de prévia negociação coletiva na dispensa em massa, especialmente em momentos de crise

Alini Bunn

Analista do MPU/Direito, lotada na Procuradoria do Trabalho no Município de Blumenau-SC. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

Resumo: O presente artigo objetiva defender que mesmo após a inserção do art. 477-A da CLT, pela reforma trabalhista, permanece a necessidade de prévia negociação coletiva nos casos de dispensa em massa, conforme jurisprudência já assentada no caso Embraer. Argumenta-se que, caso se interprete de forma diversa, referido artigo atenta contra a Constituição Federal e contra Convenções Internacionais, tais como a 98 e a 154 da OIT, e, também, contra a Convenção 158 da OIT, cuja análise da constitucionalidade da denúncia ainda não foi decidida pelo STF. Por fim, ressalta-se que as dispensas coletivas realizadas, especialmente diante de momentos de crise como o causado pela pandemia de Covid-19, violam a boa-fé objetiva e a função social do contrato e da propriedade, incorrendo em abuso de direito.

Palavras-chave: Dispensa coletiva. Negociação coletiva. Art. 477-A da CLT. Inconstitucionalidade. Inconvencionalidade. Abuso de direito.

Abstract: This article aims to defend that even after the insertion of art. 477-A of the CLT, due to the labor reform, the need for prior collective negotiation in cases of mass layoff remains, according to jurisprudence already established in the Embraer case. It is argued that, if it is interpreted differently, that article violates the Federal Constitution and International Conventions, such as ILO 98 and 154, and also against ILO Convention 158, whose analysis of the denunciation's constitutionality has not yet been decided by the STF. Finally, it is emphasized that the collective layoffs carried out,

especially in times of crisis such as the one caused by the pandemic of Covid-19, violate the objective good faith and the social function of the contract and property, incurring abuse of rights.

Keywords: Collective layoff. Collective negotiation. Article 477-A of the CLT. Unconstitutionality. Unconventionality. Abuse of Law.

Sumário: 1 Considerações iniciais sobre a dispensa coletiva. 2 Da necessidade de prévia negociação coletiva nas dispensas em massa. 3 Do art. 477-A da CLT – Inconstitucionalidades e inconveniências. 4 Do abuso de direito e da dispensa coletiva em momentos de crise. 5 Considerações finais.

1 Considerações iniciais sobre a dispensa coletiva

Com a crise do Estado liberal após a Primeira Guerra Mundial, despontou o Estado social, que buscou, por meio dos direitos sociais, assegurar, além da igualdade formal presente na primeira geração de direitos, a igualdade material, o que passou a exigir a intervenção estatal para sua efetivação.

Embora, num primeiro momento, os direitos sociais tenham sido reconhecidos apenas como normas diretivas e programáticas, que dependiam de uma atuação legiferante por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, estes foram ganhando espaço nas legislações nacionais.

E, na medida que são conquistados novos direitos, não se pode permitir a regressão em tais conquistas. Tanto é assim que o art. 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), o art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e o art. 1º do Protocolo de São Salvador dispõem sobre o princípio da progressividade e da vedação ao retrocesso social.

Em âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 dispõe em seu art. 5º, § 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, entre as quais os direitos sociais estão inseridos. E segue o art. 7º, *caput*, da Constituição Federal, que dispõe um rol de direitos sociais e usa a expressão “além de outros que visem à melhoria”, do que se extrai não ser possível a

regressão dos direitos conquistados, mas somente um avanço. Para além disso, o art. 60, § 4º, prevê a vedação de proposta de emenda constitucional tendente a abolir os “direitos e garantias individuais”. Desse modo, entende-se que a Constituição Federal determinou que os direitos e garantias fundamentais não são normas programáticas, mas, sim, possuem aplicabilidade imediata, e que não podem ser abolidos ou sofrer regressão em relação àqueles já conquistados.

Dentro desse contexto, encontra-se o direito à proteção contra o desemprego descrita no art. XXIII da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), art. 7º, *d*, do Protocolo de São Salvador, na Convenção 168 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e no art. 23 da Declaração Sociolaboral do Mercosul.

Buscando concretizar tal direito, o art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988 dispôs sobre o direito da “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Essa garantia, no entanto, não é absoluta, restringindo-se aos casos de despedida arbitrária ou sem justa causa. Para José Afonso da Silva, essa

garantia do emprego é um direito, por si bastante, nos termos da Constituição, ou seja, a norma do art. 7º, I, é por si só suficiente para gerar o direito nela previsto. Em termos técnicos, é de aplicabilidade imediata, de sorte que a lei complementar apenas virá determinar os limites dessa aplicabilidade, com a definição dos elementos (despedida arbitrária e justa causa) que delimitem sua eficácia, inclusive pela possível conversão em indenização compensatória, de garantia de permanência no emprego.¹

Assim, tem-se que o direito à garantia de emprego é de aplicação imediata, restando pendente a sua regulamentação por lei complementar. E, enquanto tal lei não é promulgada, a proteção

1 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 290.

ficou circunscrita ao disposto no art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), ou seja, à multa de 40% sobre os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

Entretanto, a regulamentação do ADCT, além de temporária, restringe-se às hipóteses de dispensa individual, nada tratando sobre as dispensas coletivas, de modo que persiste lacuna no ordenamento jurídico nesse tocante.

Mauricio Godinho Delgado assim diferencia as dispensas individuais e coletivas:

*A despedida individual é a que envolve um único trabalhador, ou que, mesmo atingindo diferentes empregados, não configura ato demissional grupal, ou uma prática maciça de rupturas contratuais (o chamado lay-off). A ocorrência de mais de uma dispensa em determinada empresa ou estabelecimento não configura, desse modo, por si somente, despedida coletiva: pode se tratar de um número disperso de dispensas individuais. Nessa medida, pode-se falar em dispensa individual como aquela que atinge um único empregado, e *dispensa plúrima*, aquela que atinge um número diversificado de empregados, porém não alcança o sentido e o impacto de uma dispensa coletiva, de caráter massivo. Já a *despedida coletiva* atinge um grupo significativo de trabalhadores vinculados ao respectivo estabelecimento ou empresa, configurando uma prática maciça (ou massiva) de rupturas contratuais (lay-off). Observe-se, no tocante à presente tipologia, que a amplitude ou abrangência que separam as duas modalidades de terminação do contrato de trabalho não se circunscrevem, em rigor, somente ao estabelecimento ou empresa. É que, enquanto a dispensa meramente individual tem parca possibilidade de provocar repercussões no âmbito externo à relação de emprego (e, em certa medida, também a dispensa plúrima), a *dispensa coletiva certamente deflagra efeitos no campo da comunidade mais ampla em que se situa a empresa ou o estabelecimento, provocando, em decorrência disso, forte impacto social.*² (Grifo nosso).*

2 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 1382.

Dessa forma, enquanto na dispensa individual o motivo ensejador é subjetivo e a consequência se dá na esfera de um único trabalhador, na dispensa plúrima as causas são heterogêneas, embora envolvam um grande número de trabalhadores, e na dispensa coletiva ou em massa, a causa ensejadora é homogênea, objetiva, geralmente relacionada a motivos financeiros, e as consequências transcendem os interesses das partes, atingindo também a sociedade a partir de reflexos sociais, econômicos e tributários.

Muito embora haja essa diferenciação no campo doutrinário, a legislação nacional não se preocupou em diferenciar e regulamentar as referidas modalidades de dispensas. No direito comparado, por sua vez, o Conselho da União Europeia definiu no art. 1º da Diretiva n. 98/59/CE do Conselho:

Entende-se por «despedimentos colectivos» os despedimentos efectuados por um empregador, por um ou vários motivos não inerentes à pessoa dos trabalhadores, quando o número de despedimentos abranger, segundo a escolha efectuada pelos Estados-membros: i) ou, num período de 30 dias: – no mínimo 10 trabalhadores, nos estabelecimentos que empreguem habitualmente mais de 20 e menos de 100, – no mínimo 10 % do número dos trabalhadores, nos estabelecimentos que empreguem habitualmente no mínimo 100 e menos de 300 trabalhadores, – no mínimo 30 trabalhadores, nos estabelecimentos que empreguem habitualmente no mínimo 300; ii) ou, num período de 90 dias, no mínimo 20 trabalhadores, qualquer que seja o número de trabalhadores habitualmente empregados nos estabelecimentos em questão; [...].³

Demonstrando a experiência legislativa no direito comparado, Lorena Vasconcelos Porto e Augusto Grieco Sant’Anna Meirinho informam que as legislações de países como Itália (art. 24 da Lei n. 223, de 1991), França (art. L1233-46 do Código do Trabalho), Espanha (art. 51), Portugal (art. 359 do Código do Trabalho), Dinamarca (Lei sobre as Dispensas Coletivas, que repete os cri-

3 CONSELHO EUROPEU. *Diretiva n. 98/59/CE, 20 de julho de 1998*. Disponível em: <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/4536855b-5b01-4f1a-a4b0-f83f971714c8>. Acesso em: 9 jan. 2021.

térios previstos na Diretiva n. 59, de 1998, da União Europeia), Finlândia (Lei sobre as Dispensas Coletivas, que repete os critérios previstos na Diretiva n. 59, de 1998, da União Europeia), Inglaterra [Collective Redundancies and Transfer of Undertakings – Protection of Employment (Amendment) Regulations], Estados Unidos (Worker Adjustment and Retraining Notification Act), Japão (Worker Adjustment and Retraining Notification Act), além de trazerem critérios quantitativos, qualitativos e temporais no que se refere à dispensa coletiva, “determinam que a dispensa em massa deve ser precedida de negociação coletiva prévia como condição de validade e estabelecem que a dispensa em massa se encontra sob o controle do Poder Judiciário”.⁴

Com base no direito comparado e em princípios extraídos do nosso próprio ordenamento jurídico, diante da falta de regulamentação por meio de lei complementar quanto às dispensas coletivas, mas considerando o direito à relação de emprego protegida, parte da doutrina, assim como a jurisprudência prevalecente do Tribunal Superior do Trabalho (TST), tem entendido como requisito necessário para a realização das dispensas coletivas a prévia negociação coletiva.

2 Da necessidade de prévia negociação coletiva nas dispensas em massa

Na relação dispar tal como é a trabalhista, já que o empregador é ser coletivo por excelência, para que seja alcançada igualdade de condições na resolução dos conflitos, o que Mauricio Godinho Delgado chama de princípio da equivalência entre contratantes coletivos, surge a necessidade de os trabalhadores agirem em conjunto, por meio dos sindicatos.

Tanto é assim que a própria Constituição Federal definiu no art. 8º, III, que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais

4 PORTO, Lorena Vasconcelos; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna. A dispensa em massa e a pandemia do COVID19. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, edição especial, t. II, jul. 2020. p. 492.

ou administrativas”; e, no art. 8º, VI, determinou que “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”.

A negociação coletiva, antes de tudo, é um direito fundamental do trabalho, assim reconhecido na Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998, que deve ser respeitado, promovido e realizado pelo simples fato de um país ser membro da OIT, independentemente da existência de quaisquer convenções ratificadas nesse tocante.

A expressão “negociação coletiva”, consoante o art. 2º da Convenção 154 da OIT, compreende

[...] todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com o fim de: a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou c) regular as relações entre empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.

E seu art. 5º determina que “deverão ser adotadas medidas adequadas às condições nacionais no estímulo à negociação coletiva”.

Em razão da importância da realização de negociação coletiva, o art. 4º da Convenção 98 da OIT dispõe que aos Estados cabe “estimular e promover o pleno desenvolvimento e utilização de mecanismos de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores”. E o art. 17 da Declaração Sociolaboral do Mercosul informa que os empregadores e as organizações de trabalhadores “têm direito de negociar e celebrar convenções e acordos coletivos para regular as condições de trabalho, em conformidade com as legislações e práticas nacionais dos Estados Partes”.

Assim, em situações que envolvem não somente a esfera individual do trabalhador, mas toda a coletividade, a negociação coletiva figura um importante instrumento de pacificação social. E,

especialmente diante de situações que possam ocasionar prejuízos aos trabalhadores, como é o caso da dispensa coletiva, deve ser assegurado esse direito, em que a participação do sindicato dos trabalhadores é obrigatória.

Esse foi o entendimento adotado pelo TST no julgamento do caso Embraer – RODC 309/2009-000-15-00-4, em que considerou ser necessário distinguir a dispensa individual da coletiva, motivo pelo qual fixou a premissa de que “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa dos trabalhadores”. Citam-se trechos da ementa desse 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. [...] 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 se 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.⁵ (Grifo nosso).

No referido julgado, o relator ministro Mauricio Godinho Delgado ressaltou que, muito embora a relação de emprego individual esteja protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, na forma do art. 7º, I, da CF, esta não pode se confundir com a despedida massiva. Isso porque a dispensa coletiva, por envolver quantidade significativa de trabalhadores, é matéria relacionada ao direito coletivo do trabalho, de modo que deve seguir as regras e os princípios deste, que são diversos dos do direito individual. Assim, considerando a ordem constitucional, infraconstitucional e os diplomas internacionais ratificados, bem como os princípios constitucionais, entendeu-se ser necessária a participação do sindicato obreiro por meio da negociação coletiva não para proibir a dispensa em massa, mas para encontrar mecanismos que diminuam seus impactos na sociedade.

Esse mesmo entendimento foi adotado em diversos outros casos análogos pelo TST, como se observa no RODC 2004700-91.2009.5.02.0000, no RO 173-02.2011.5.15.0000, no RO 00000006-61.2011.5.05.0000 e no RODC 0006155-89.2014.5.15.0000.

Por oportuno, vale destacar que o RE 999435, no caso Embraer, teve a repercussão geral reconhecida pelo STF:

Tema 638 – Necessidade de negociação coletiva para a dispensa em massa de trabalhadores. Relator: Min. Marco Aurélio. Leading Case: RE 999435. Recurso extraordinário em que se discute – à luz dos arts. 1º, IV, 2º, 3º, I, 4º, IV, 5º, II, 7º, I, 114, 170, II e parágrafo único, da Constituição federal, bem como do art. 10, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – a imposição, pelo Tribunal Superior do Trabalho, da obrigatoriedade de negociação coletiva para a dispensa em massa de trabalhadores.⁶

5 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *ED-RODC - 30900-12.2009.5.15.0000*. Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Julgamento: 10.8.2009, Data de Publicação: 4.9.2009.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 999435*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAnda>

Sobre a matéria, ainda, há de se destacar orientação emitida pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) por meio da Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical e do Diálogo Social:

Orientação n. 06 (aprovada na reunião de 11.04.2013): Dispensa coletiva. DISPENSA COLETIVA. “Considerando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da democracia nas relações de trabalho e da solução pacífica das controvérsias (preâmbulo da Constituição Federal de 1988), do direito à informação dos motivos ensejadores da dispensa massiva e de negociação coletiva (art. 5º, XXXIII e XIV, art. 7º, I e XXVI, e art. 8º, III, V e VI), da função social da empresa e do contrato de trabalho (art. 170, III, e Cód. Civil, art. 421), bem como os termos das Convenções ns. 98, 135, 141 e 151, e Recomendação n. 163 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a dispensa coletiva será nula e desprovida de qualquer eficácia se não se sujeitar ao prévio procedimento da negociação coletiva de trabalho com a entidade sindical representativa da categoria profissional”.

Assim, considerando toda a base principiológica constitucional e do direito comparado, entende-se que o direito potestativo do empregador de dispensar seus empregados assim como o direito à propriedade e à livre iniciativa devem conviver com os princípios da função social do trabalho, do valor social do trabalho, da busca do pleno emprego e da dignidade da pessoa humana, razão pela qual se afigura necessária a negociação coletiva.

Não se ignora que a reforma trabalhista acrescentou à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) o art. 477-A, que dispõe que as dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.

Entretanto, há de se entender que a autorização prévia do sindicato e a celebração de Acordo Coletivo de Trabalho (ACT) ou Convenção Coletiva de Trabalho (CCT) para efetivação das dispensas coletivas não

mentoProcesso.asp?incidente=5059065&numeroProcesso=999435&classeProcesso=RE&numeroTema=638. Acesso em: 15 jan. 2021.

se confundem com a necessidade de negociação coletiva, até porque esta não necessariamente resulta em um instrumento coletivo.

3 Do art. 477-A da CLT – Inconstitucionalidades e inconveniências

Como amplamente divulgado, o discurso é de que a reforma trabalhista buscava o fortalecimento da negociação coletiva, tanto é que assinalou a preponderância do negociado sobre o legislado no art. 611-A da CLT.

Tal intento pode ser observado na justificativa do substitutivo apresentado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, sob a relatoria do deputado federal Rogério Marinho:

O projeto em análise tem por objetivo aprimorar as relações do trabalho no Brasil, por meio da valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores. [...] propõe-se que haja um *fortalecimento da negociação coletiva*. [...] Um dos pilares do projeto encaminhado para apreciação por esta Casa Legislativa é a *possibilidade de que a negociação coletiva realizada por entidades representativas de trabalhadores e empregadores possa prevalecer sobre normas legais, em respeito à autonomia coletiva da vontade*. [...] o foco que se almeja com a presente reforma é a *expansão das condições de negociação dos sindicatos diante das rígidas regras da CLT, sem comprometer os direitos assegurados aos trabalhadores*.⁷ (Grifo nosso).

Desse modo, considerando uma interpretação teleológica da reforma trabalhista, que busca valorizar a negociação coletiva, não se pode andar em sentido contrário quando se trata da dispensa coletiva. Especialmente porque interpretar que a dispensa coletiva pode ser efetivada sem a participação dos sindicatos

[...] visa a atender, ao máximo, interesses econômicos e mercadológicos, facilitando as negociações entre empregado e empregador, incentivando, desse modo, a atividade empresarial ao tornar mais

7 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Substitutivo 1 do Projeto de Lei n. 6.787/2016*. Apresentado em 12.4.2017. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoes/Web/prop_mostrarintegra?cod teor=1544961&filename=SBT+1+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016. Acesso em: 11 jan. 2021.

célere a extinção do contrato de trabalho. No entanto, não atende os interesses sociais dos empregados, uma vez que atinge a dignidade, os valores sociais e a cidadania dessas pessoas.⁸

Segundo Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, a leitura gramatical e literalista do novo preceito normativo apenas demonstra a compulsão da Lei n. 13.467/2017 no sentido de enxergar, no mundo do trabalho, estritamente os interesses unilaterais dos empregadores.

Os autores vão além ao afirmar que

[...] todo o universo de princípios humanísticos e sociais da Constituição da República é desrespeitado pela nova regra legal, sob qualquer perspectiva que se queira examinar a matéria. Princípios como da centralidade da pessoa humana na ordem socioeconômica e jurídica, da dignidade da pessoa humana, do bem-estar individual e social, da inviolabilidade física e psíquica do direito à vida, da igualdade em sentido material, da segurança em sentido amplo e social, ao invés de apenas em sua antiga acepção patrimonial, além do princípio da valorização do trabalho e emprego – este em paridade e simetria (ao contrário de subordinação) com o princípio da livre iniciativa –, sem contar, ainda, o princípio da subordinação da propriedade à sua função social, todos esses princípios e normas constitucionais de 1988 são descurados pela literalidade da regra inserida no recente art. 477-A da CLT.⁹

Caso se entenda pela interpretação gramatical literal do referido dispositivo, coloca-se em xeque a própria constitucionalidade e convencionalidade do referido dispositivo.

Nesse tocante, Godinho elenca diversos aspectos que colocam em questão a compatibilidade da nova regra legal com a Constituição.

8 LEITÃO, André Studart; SILVA, Ticianne Pereira da. Uma análise da dispensa coletiva pós-reforma trabalhista à luz da teoria do utilitarismo. *Revista da Escola Nacional da Inspeção do Trabalho*, Brasília, ano 3, p. 37-57, 2019. Disponível em: <https://enit.trabalho.gov.br/revista/index.php?journal=RevistaEnit&page=article&op=view&path%5B%5D=68&path%5B%5D=36>. Acesso em: 11 jan. 2021.

9 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017. p. 181.

Em resumo: primeiro, afirma que a regulação do inciso I do art. 7º da Constituição da República somente pode ser feita por meio de Lei Complementar (LC), cuja essencialidade, inclusive, já foi assim decidida pelo STF na ADI n. 1625, ao julgar, em 2007, inconstitucional a Convenção 158 da OIT em decorrência de o art. 7º, I, da CF determinar que a sua regulamentação se faça por LC. Além disso, Essa LC deve prever, “dentre outros direitos”, uma “indenização compensatória”, não sendo uma lei ordinária apta a reger a matéria; segundo, o art. 477-A da CLT mantém a incidência da despedida arbitrária, afasta a negociação coletiva e não estipula indenização compensatória, o que é literal e diretamente contrário ao art. 7º, I, da CF; terceiro, ao equiparar dispensas coletivas e individuais, desrespeita princípios constitucionais do trabalho, como o da justiça social, o da subordinação da propriedade à sua função social, o da segurança, o da valorização do trabalho e emprego, o da centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida socioeconômica e o da dignidade da pessoa humana; quarto, desrespeita o princípio constitucional da proporcionalidade ao conferir tratamento idêntico às dispensas coletivas; quinto, pelo menoscabo do art. 8º, III e VI, pois a dispensa em massa ostenta o caráter de direito coletivo e enquadra-se como assunto inserido nas atribuições constitucionais do sindicato, que deve participar de forma inequívoca e direta na negociação coletiva; sexto, pela afronta ao conceito constitucional de Estado Democrático de Direito, que supõe a presença de uma sociedade civil com caráter democrático e inclusivo, em vez do contrário.¹⁰

Lorena Vasconcelos Porto e Augusto Grieco Sant’Anna Meirinho entendem que

esse dispositivo legal, no entanto, apenas prevê que não é necessária a autorização do sindicato, o que jamais foi exigido, não mencionando em momento algum que não é necessária a negociação coletiva prévia.

Seguem com a afirmação de que, se o objetivo da reforma trabalhista é o fortalecimento da negociação coletiva, a jurisprudên-

¹⁰ DELGADO, 2019, p. 1385-1387.

cia do TST faz exatamente isto, “prestigia-se a autonomia coletiva e garante-se que um problema de contornos inconfundivelmente coletivos seja resolvido com a valorização da negociação entre empresas e sindicatos”. Por isso, concluem que

a única interpretação possível para o art. 477-A da CLT, compatível com os propósitos do novo diploma, é o condicionamento das dispensas coletivas à prévia negociação, a fim de que os seus impactos negativos sejam atenuados.¹¹

Da mesma forma, a convencionalidade estaria prejudicada, porque equiparar as dispensas após a conquista jurisprudencial da tese da necessidade da negociação coletiva representaria afronta ao princípio da progressividade e da vedação ao retrocesso social, já que tratados internacionais ratificados como as Convenções 98 e 154 da OIT possuem *status* supralegal (na forma do que restou decidido no julgado do RE 466343), de modo que prevalecem sobre a lei ordinária, ou seja, sobre o dispositivo da reforma trabalhista.

Recorde-se que o artigo 27 da Convenção de Viena sobre os direitos dos tratados, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto n. 7.030/2009, dispõe que “[u]ma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46”.

E que é dever do Poder Judiciário, de ofício, aplicar tanto os dispositivos nacionais como os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, sob pena de o Brasil ser responsabilizado internacionalmente pelo não cumprimento. Inclusive, no caso *Lagos del Campo vs. Peru*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) reconheceu que a violação aos tratados internacionais pode derivar de uma decisão interna que confere validade a norma incompatível com os tratados internacionais ratificados pelo país:

94. Es por ello que en el ámbito laboral, la responsabilidad del Estado se puede generar bajo la premisa de que el derecho interno, tal como fue interpretado en última instancia por el órgano jurisdiccional nacional, habría con-

¹¹ PORTO; MEIRINHO, 2020, p. 483-484.

validado una vulneración del derecho del recurrente, por lo que la sanción, en último término, deriva como resultado de la resolución del tribunal nacional, pudiendo ello acarrear un ilícito internacional.

No mesmo caso foi reconhecido que a estabilidade no emprego é um direito protegido nos termos da CADH. Extraem-se os seguintes trechos da sentença:

147. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 18 sobre el derecho al trabajo, expresó que este mismo “implica el derecho a no ser privado injustamente del empleo”. Asimismo, ha señalado que el “incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros”, lo cual incluye “el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente”. [...]

149. Como correlato de lo anterior, se depende que las obligaciones del Estado en cuanto a la protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado, se traduce en principio en los siguientes deberes: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional). Por ende, d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos (infra, párrs. 174, 176 y 180).

150. Cabe precisar que la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho.¹²

¹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf. Acesso em: 11 jan. 2021.

Nesse mesmo sentido, segue julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

[...] 2. O disposto no art. 477-A da CLT, introduzido pela Lei n. 13.467/17, em sua própria literalidade, a despeito de esclarecer não ser necessária a “autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação”, quedou-se silente a respeito da necessidade da instauração da consulta prévia para sua validade, no que bem andou o legislador, pois não poderia mesmo avançar mais e derrogar os preceitos internacionais que tratam da necessidade do diálogo social no âmbito coletivo. 3. As normas de direitos humanos sobre o trabalho, quando internalizadas no ordenamento nacional, asseguram um patamar mínimo (não um teto) de garantias que dirigem a interpretação das normas emanadas do legislador ordinário. 4. *O juiz brasileiro não é apenas um juiz nacional, mas um garante do sistema internacional de proteção aos direitos humanos.*¹³ (Grifo nosso).

Importante mencionar a Convenção 158 da OIT, que, apesar de denunciada pelo Brasil, trata especificamente sobre a matéria ora em estudo. Referida convenção objetiva, regra geral, a proteção da relação de emprego, de modo que a dispensa apenas pode se dar por causa justificada relacionada à capacidade ou ao comportamento do trabalhador, ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, do estabelecimento ou do serviço (art. 4º). E quando prevista a dispensa por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, como é o caso da dispensa em massa, na forma do art. 13 da referida convenção, o empregador:

- a) proporcionará aos representantes dos trabalhadores integrados, em tempo oportuno, a *informação* pertinente, incluindo os motivos dos termos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados pelos mesmos e o período durante o qual seriam efetuados esses termos;
- b) em conformidade com a legislação e a prática nacionais, oferecerá aos representantes dos trabalhadores interessados, o mais breve

13 BRASIL. Justiça do Trabalho. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 1ª SDI. *Proc. 0011778-65.2017.5.03.0000 (MS)*. Rel. Des. José Eduardo Resende Chaves Jr., j. 26.4.2018.

que for possível, uma oportunidade para *realizarem consultas* sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os termos e as medidas para atenuar as consequências adversas de todos os termos para os trabalhadores afetados, por exemplo, achando novos empregos para os mesmos. (Grifo nosso).

Em que pese a Convenção 158 ter sido aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 68, de 16 de setembro de 1992, e promulgada por meio do Decreto n. 1.855, de 10 de abril de 1996, ela foi denunciada por meio do Decreto Presidencial n. 2.100, de 30 de dezembro de 1996. Esse último decreto foi questionado na ADI 1625, até o momento pendente de julgamento, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura (Contag), uma vez que a denúncia foi unilateral, sem a manifestação do Congresso Nacional, embora o art. 49, I, determine a competência deste para resolver definitivamente sobre tratados.

Inclusive, no sentido de ser necessária a conjugação de vontades dos Poderes Legislativo e Executivo, o Tribunal Regional do Trabalho da 17^a Região editou a Súmula 42 pelo Tribunal Pleno, muito embora tenha sido suspensa até a decisão final da ADI 1625:

SÚMULA 42 DO TRT-17. “INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 2.100/96. DENÚNCIA UNILATERAL DA CONVENÇÃO 158 DA OIT. A Convenção 158 da OIT é um tratado de direito humano social. A aprovação e ratificação de um tratado de direitos humanos é um ato complexo, necessitando da conjugação da vontade de dois Poderes (Legislativo e Executivo), em claro respeito ao princípio da separação dos poderes previsto no artigo 2º da CR/88, bem como ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) consagrado na forma republicana de governo. Logo, a denúncia unilateral pelo Presidente da República (por meio de decreto) da Convenção 158 ratificada pelo Congresso Nacional é formalmente inconstitucional, por violação ao procedimento previsto no art. 49, I, da CF”.

De igual modo, parte da doutrina entende pela inconstitucionalidade tanto formal como material do ato de denúncia da Convenção 158 da OIT. Dentre eles, estão Carlos Henrique Bezerra Leite e

Nelson Camatta Moreira, segundo o qual, em resumo, a denúncia da Convenção 158 encontra-se eivada de inconstitucionalidade:

[...] *formal*, porquanto somente o Estado-membro (ato complexo do Congresso Nacional e do Presidente da República), e não somente o Governo, possui “competência” para tal; *material*, já que se trata de tratado internacional incorporado imediata e plenamente em nosso sistema, na categoria de direito fundamental (CF, art. 5º, §§ 2º e 1º), razão pela qual o ato de denúncia carece de validade em função das limitações impostas pelo art. 60, § 4º, IV, da CF.¹⁴ (Grifo do original).

Em assim sendo, entendendo-se por inconstitucional e inconvençional o Decreto que denunciou a Convenção 158 da OIT, seria plenamente aplicável aos casos de dispensa coletiva o art. 13º da referida convenção, que dispõe sobre o direito à informação dos trabalhadores sobre os motivos da dispensa, assim como a necessidade de realização de consultas às organizações representativas dos trabalhadores sobre as medidas a serem adotadas para evitar ou minimizar os efeitos da dispensa coletiva. Dessa forma, afigurar-se-ia necessária a negociação coletiva, o que corrobora o entendimento já adotado pelo TST no caso Embrater.

Importante mencionar que a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho realizada pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) trouxe o seguinte enunciado, ressaltando a inconstitucionalidade e a inconveniência do art. 477-A da CLT, trazido pela reforma trabalhista:

Enunciado n. 57. DISPENSA COLETIVA: INCONSTITUCIONALIDADE. O ART. 477-A DA CLT PADECE DE INCONSTITUCIONALIDADE, ALÉM DE INCONVENIÊNCIA, POIS VIOLA OS ARTIGOS 1º, III, IV, 6º, 7º, I, XXVI, 8º, III, VI, 170, CAPUT, III E VIII, 193, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COMO TAMBÉM O ARTIGO 4º DA CONVENÇÃO N. 98, O ARTIGO 5º

14 LEITE, Carlos Henrique Bezerra; MOREIRA, Nelson Camatta. A eficácia da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho no ordenamento jurídico brasileiro. In: ROCHA, Cláudio Jannotti da et al. (org.). *Os instrumentos normativos: tratados e convenções internacionais*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. *E-book*. v. 3. (Coleção Direito Internacional do Trabalho). p. 335.

DA CONVENÇÃO N. 154 E O ART. 13 DA CONVENÇÃO N. 158, TODAS DA OIT. VIOLA, AINDA, A VEDAÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE E DE RETROCESSO SOCIAL. AS QUESTÕES RELATIVAS À DISPENSA COLETIVA DEVERÃO OBSERVAR: A) O DIREITO DE INFORMAÇÃO, TRANSPARÊNCIA E PARTICIPAÇÃO DA ENTIDADE SINDICAL; B) O DEVER GERAL DE BOA-FÉ OBJETIVA; E C) O DEVER DE BUSCA DE MEIOS ALTERNATIVOS ÀS DEMISSÕES EM MASSA.¹⁵

E, mesmo após a inserção do art. 477-A da CLT, o TST continua a entender pela necessidade de negociação coletiva:

RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.015/2014. 1. DANO MORAL COLETIVO. DEMISSÃO EM MASSA. AUSÊNCIA DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COLETIVA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO. I. Trata-se de ação civil pública em que se pleiteia o reconhecimento de dano moral coletivo, e respectiva indenização, em razão da ausência de negociação coletiva que anteceda a decisão de dispensa coletiva de trabalhadores. II. No caso, é incontroversa a dispensa em massa, sem prévia negociação coletiva, em decorrência da rescisão do contrato de prestação de serviços mantido entre a empresa Reclamada e a CELPA. III. *A jurisprudência da Seção de Dissídios Coletivos desta Corte firmou entendimento no sentido de que a prévia negociação coletiva é imprescindível para a legalidade da dispensa em massa de trabalhadores. Ausente tal procedimento, é devida a indenização compensatória, pelo caráter coletivo da lesão.* IV. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.¹⁶ (Grifo nosso).

[...] 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

15 ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Enunciado 57. In: JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO, 2., 2017, Brasília. *Enunciados aprovados* [...]. Brasília: Anamatra, 2017. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf. Acesso em: 11 jan. 2021.

16 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-10351-92.2013.5.08.0013, 4ª Turma. Relator: Min. Alexandre Luiz Ramos, *DEJT* 27 set. 2019.

se 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.* Assim, consoante exposto pelo acórdão regional, instituindo os Sujeitos Coletivos, representantes das categorias profissional e econômica, mediante convenção coletiva de trabalho, critérios para seleção de dispensas, se houver necessidade de redução da força de trabalho, obriga-se a empregadora a cumprir tais procedimentos e critérios estabelecidos, sob pena de violação ao disposto no art. 7º, XXVI, da CF. Comprovada a não observância desse regramento para a dispensa do Reclamante, torna-se inválida a ruptura contratual efetivada, sendo, portanto, devida a sua reintegração. Agravo de instrumento desprovido.¹⁷ (Grifo nosso).

[...] 4.2. A jurisprudência da Seção de Dissídios Coletivos desta Corte firmou entendimento de que a negociação coletiva é imprescindível à dispensa em massa, pois tal cenário exige a estipulação de normas e condições para a proteção dos trabalhadores contra o desemprego, além da redução dos impactos sociais e econômicos causados. Ausente tal procedimento, é devida a indenização compensatória, pelo caráter coletivo da lesão. Precedentes. 4.3. As empresas que se lançam no mercado, assumindo o ônus financeiro de cumprir a legislação trabalhista, perdem competitividade em relação àquelas que reduzem seus custos de produção à custa dos direitos mínimos assegurados aos empregados. 4.4. Tratando-se de lesão que viola bens jurídicos indiscutivelmente caros a toda a sociedade, surge o dever de indenizar, sendo cabível a reparação por dano moral coletivo (arts. 186 e 927 do CC e 3º e 13 da LACP) [...].¹⁸

17 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-10617-71.2013.5.01.0014, 3ª Turma. Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado, *DEJT* 11 maio 2018.

18 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-940-70.2015.5.23.0002, 3ª Turma. Relator: Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, *DEJT* 12 abr. 2019.

Assim sendo, deve-se adotar a interpretação de que o art. 477-A da CLT deve ser visualizado à luz da Constituição Federal e dos tratados internacionais firmados, de modo a não afastar a necessidade de negociação coletiva – o que não se confunde com autorização prévia –, para que haja o devido diálogo e a busca por alternativas à dispensa coletiva.

4 Do abuso de direito e da dispensa coletiva em momentos de crise

No ano de 2020, diante da grave crise econômica mundial provocada pela pandemia de Covid-19, muitos empregos se viram ameaçados pela dispensa em massa. Por isso, foi expedida a Medida Provisória (MPV) n. 927, de 2020 (a qual já perdeu sua vigência), que no art. 1º afirma se tratar de MPV que “dispõe sobre as medidas trabalhistas que poderão ser adotadas pelos empregadores para preservação do emprego e da renda e para enfrentamento do estado de calamidade pública”. Dessa forma, com vistas a esse objetivo, foram propostas medidas, dentre elas a concessão de férias coletivas, a antecipação de feriados e o banco de horas.

Posteriormente convertida na Lei n. 14.020/2020, a MPV n. 936, de 2020, também previu outras medidas como redução proporcional de jornada de trabalho e de salários, bem como suspensão temporária do contrato de trabalho.

Ainda que as referidas MPVs tenham dispositivos de constitucionalidade questionável, que, inclusive, chegaram a ser objeto de ADIs, essas trouxeram alternativas para a não ocorrência de demissões em massa, buscando preservar o emprego e a renda dos trabalhadores.

Sem falar em outros mecanismos previstos no nosso ordenamento jurídico antes dessa crise internacional, tais como suspensão dos contratos de trabalho para qualificação do empregado (art. 476-A da CLT c/c art. 2º-A da Lei n. 7.998/1990); admissão dos planos de dispensa incentivada mediante negociação coletiva (RE n. 590.415 e art. 477-B da CLT); programas de proteção ao emprego (Lei n. 13.189/2015); redução de salário com redução proporcional de jornada (Lei n. 4.923/1965), dentre outras.

Vale mencionar que normativos internacionais também tratam de medidas de proteção contra o desemprego. A título de exemplo, o art. 10, 2, *b*, da Convenção 168 da OIT, traz a hipótese de suspensão ou redução de rendimentos como consequência de uma suspensão temporária do trabalho. A Diretiva 98/59/CE, de 20 de julho de 1998, do Conselho da União Europeia (aplicável a título de direito comparado) informa a possibilidade de a negociação coletiva direcionar-se ao pagamento de indenização além das previstas em lei (item 3, VI).

E, especificamente sobre a pandemia de Covid-19, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) emitiu a Resolução n. 01/2020, na qual consta o dever de o Estado:

5. Proteger os direitos humanos, particularmente os DESCAs, dos trabalhadores em situação de maior risco pela pandemia e suas consequências. É importante tomar medidas que *assegurem a renda econômica e os meios de subsistência de todos os trabalhadores*, de maneira que tenham igualdade de condições para cumprir as medidas de contenção e proteção durante a pandemia, bem como condições de acesso à alimentação e outros direitos essenciais. As pessoas que tenham que seguir realizando suas atividades profissionais devem ser protegidas dos riscos de contágio do vírus e, em geral, deve-se dar adequada proteção ao trabalho, salários, liberdade sindical e negociação coletiva, pensões e demais direitos sociais inter-relacionados com o âmbito trabalhista e sindical.¹⁹ (Grifo nosso).

Como já afirmado alhures, não se pode considerar que as consequências da dispensa individual e da dispensa coletiva sejam semelhantes, especialmente diante de momentos de crise, sob pena de ir contra todo o arcabouço principiológico erigido na Constituição Federal de 1988. E, com vistas à manutenção dos meios de subsistência dos trabalhadores, mesmo em situações como a vivenciada pela pandemia de Covid-19, não pode o Estado, muito menos os

19 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução n. 1/2020 – Pandemia e direitos humanos nas Américas*. Washington, D.C.: CIDH, 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2021.

particulares, menosprezar os direitos sociais constitucional e internacionalmente conquistados.

Como afirmam Lorena Vasconcelos Porto e Augusto Grieco Sant'Anna Meirinho,

a perda de emprego, fonte de subsistência do trabalhador e de sua família, se já é demasiadamente grave e prejudicial em qualquer circunstância, torna-se ainda mais nociva no período da pandemia do COVID-19 pela extrema dificuldade em se obter um novo posto de trabalho em razão da suspensão ou redução das atividades econômicas e do isolamento social. [...]

Cumprir notar que diversos países, tais como a Argentina (Decreto de Emergência Pública n. 329/2020), a Espanha (Real Decreto-ley n. 9/2020) e a Itália (Decreto-lei n. 18, de 17 de março de 2020, denominado Decreto Cura Italia, o qual foi convertido, com modificações, na Lei n. 27, de 24 de abril de 2020), de maneira explícita e direta proibiram a dispensa de trabalhadores durante a pandemia.²⁰

Por isso, não se pode permitir que o empregador realize dispensas coletivas sem a devida negociação coletiva, sob pena de colocar o princípio da livre iniciativa acima do princípio do valor social do trabalho e desprestigiar a negociação coletiva como instrumento de pacificação social.

A negociação coletiva, assim, especialmente diante do atual cenário econômico, é medida necessária para a minimização dos efeitos deletérios à sociedade de uma dispensa em massa. Isso porque, de um momento para o outro, um grupo de trabalhadores estará sem trabalho, sem os benefícios antes recebidos pela empresa e sem condições de prover o seu sustento e de sua família, o que pode, por exemplo, gerar impacto econômico em todo um município quando a maioria dos trabalhadores labora na única indústria da cidade.

Com a negociação coletiva, pode-se, por exemplo, reverter parte das demissões, conceder benefícios aos trabalhadores demitidos, aproveitar trabalhadores em outras unidades ou mesmo adotar

²⁰ PORTO; MEIRINHO, 2020, p. 501/503.

critérios de preferência social, como no exemplo dado pelo ministro Godinho no caso Embraer, “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”.

A respeito da referida situação, Lorena Vasconcelos Porto e Augusto Grieco Sant’Anna Meirinho:

Em razão ou a pretexto da pandemia do COVID-19, várias empresas vêm procedendo à dispensa em massa de seus empregados. Primeiramente, como acima exposto, *a dispensa coletiva é inválida se não for precedida de negociação coletiva com o sindicato profissional*. Ademais, as MPs n. 927/2020 e n. 936/2020 previram mecanismos, tais como a antecipação de férias individuais, a concessão de férias coletivas, o aproveitamento e a antecipação de feriados, o banco de horas, a redução da jornada e do salário e a suspensão do contrato de trabalho, os quais, pelo fato de manterem em vigor o contrato de trabalho, são menos prejudiciais aos obreiros do que a dispensa. Desse modo, *deve a empresa comprovar também a impossibilidade de adoção desses mecanismos, sob pena da invalidade da dispensa em massa praticada, em razão do abuso do direito, o qual torna o ato ilícito* (art. 187 do Código Civil c/c § 1º do art. 8º da CLT). *A dispensa de trabalhadores deve ser, portanto, a última alternativa a ser adotada pela empresa, por configurar a consequência mais gravosa entre as opções previstas nas medidas provisórias acima referidas*. Ademais, cabe atenção especial à exposição de motivos das MPs n. 927 e n. 936, já que indicam as linhas diretivas de justificação da produção normativa no contexto da crise sanitária decorrente da pandemia da COVID-19.²¹ (Grifo nosso).

Contudo, antes mesmo de adotar medidas alternativas menos prejudiciais aos trabalhadores, ou mesmo da realização de negociação coletiva, muitas empresas os dispensaram de forma coletiva. Essas dispensas representam violação aos princípios da transparência, da informação, da boa-fé contratual e da função social do contrato, e, por consequência, configuram abuso de direito, na forma do Código Civil:

21 PORTO; MEIRINHO, 2020, p. 496-497.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

[...]

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

[...]

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

[...]

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Assim, entre as partes devem ser prezadas a boa-fé objetiva e a função social do contrato, cabendo à empresa buscar com os sindicatos profissionais medidas alternativas menos prejudiciais que a dispensa coletiva.

Em alguns casos, por não haver a realização prévia de negociação coletiva, foi determinada a reintegração dos trabalhadores, como o da Churrascaria Fogo de Chão, em decisão proferida na ACPCiv 0100413-12.2020.5.01.0052 pela juíza Ana Larissa Lopes Caraciki em 16 de junho de 2020, e no MS 0000441-79.2020.5.10.0000, em decisão proferida pelo desembargador Grijalbo Fernandes Coutinho em 24 de junho de 2020.

Destaquem-se algumas ementas de julgados proferidos no período que ressaltaram a necessidade de prévia negociação coletiva e de medidas alternativas à dispensa:

MANDADO DE SEGURANÇA. DISPENSA EM MASSA DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19. NÃO ADOÇÃO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO PARA PROTEÇÃO DOS EMPREGOS. REINTEGRAÇÃO DE TRABALHADORES DETERMINADA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

DECISÃO FUNDADA EM RAZOÁVEL INTERPRETAÇÃO DA LEI QUE NÃO VIOLA DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA IMPETRANTE. Em razão dos reflexos negativos da pandemia de Covid-19 na economia do país, a legislação passou a disponibilizar aos empregadores mecanismos excepcionais para a preservação de empregos. A Impetrante, porém, desconsiderou as alternativas que estavam à sua disposição e resolveu promover uma dispensa em massa com pagamento parcial das verbas rescisórias em razão de alegado “fato do príncipe”, desprezando as consequências financeiras e psicológicas para mais de 100 empregados das unidades do Rio de Janeiro e suas respectivas famílias. O exercício do poder de dispensa pelo empregador deve respeitar os limites impostos pelo fim social da empresa. A Impetrante, no entanto, agiu de forma temerária em plena pandemia. Assim, a reintegração dos trabalhadores é decisão que faz razoável interpretação da lei, não violando direito líquido e certo da Impetrante.²²

AÇÃO CIVIL COLETIVA. DEMISSÃO PLÚRIMA. PANDEMIA. COVID-19. NECESSIDADE DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COLETIVA. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DO ENTE SINDICAL. A desnecessidade de autorização do ente de representação da categoria profissional, na forma do art. 477-A da CLT, não dispensa, para tornarem válidas as demissões plúrimas, prévia negociação coletiva, que é fomentada pela Constituição e Convenções de n. 54, 98 e 154 da OIT, das quais o Brasil é signatário [...].²³

Em assim sendo, entende-se que somente por meio da negociação coletiva, a fim de evitar a dispensa em massa da população trabalhadora, especialmente diante da pandemia de Covid-19, tem-se o equilíbrio entre o capital e trabalho. E, somente desse modo, garantidos os deveres contratuais de transparência, informação, e boa-fé objetiva, estará a empresa cumprindo a função

22 BRASIL. Justiça do Trabalho. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *MS 0101827-07.2020.5.01.0000*. Rel. Giseller Bondim Lopes Ribeiro. Julgado em 8.10.2020.

23 BRASIL. Justiça do Trabalho. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. *ROT 0000272-24.2020.5.12.0037*. Rel. Helio Bastida Lopes. 1ª Câmara. Julgado em 1º.12.2020.

social da propriedade e respeitando valores constitucionais como dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho.

5 Considerações finais

A dispensa coletiva, diferentemente da dispensa individual, gera efeitos que transcendem os interesses das partes, atingindo também a sociedade a partir de reflexos sociais, econômicos e tributários.

A Constituição Federal assegura o direito à relação de emprego protegida, cuja regulamentação deve se dar por lei complementar. Diante da ausência de regulamentação quanto às dispensas coletivas, utilizando-se dos princípios constitucionais e do direito comparado, assim como considerando que a matéria é de cunho eminentemente coletivo, entende-se como requisito necessário a realização prévia de negociação coletiva. Tal entendimento foi assentado no caso Embraer e, mesmo após a incorporação do art. 477-A da CLT, não houve alteração desse entendimento.

Considerando que a justificativa oficial da proposta legislativa da reforma trabalhista é o fortalecimento da negociação coletiva, não é possível entender que o art. 477-A da CLT dispense a necessidade de prévia negociação coletiva. Interpretar nesse sentido significaria macular o referido artigo de inconstitucionalidade, pois violaria o art. 7º, I, que determina a regulação por lei complementar; viola princípios constitucionais do trabalho, em especial o da dignidade da pessoa humana; com a equiparação, desrespeita o princípio da proporcionalidade; e ignora que a matéria é de cunho coletivo e, portanto, de participação obrigatória dos sindicatos. Por fim, contraria as Convenções 94 e 158 da OIT, que tratam do fortalecimento da negociação coletiva, assim como a Convenção 158 da OIT, que, apesar de denunciada, teve tal ato contestado em ADI, ainda não julgada pelo STF. Por conseguinte, não há outra conclusão a adotar senão a da necessidade de prévia negociação coletiva.

E, especialmente em momentos de crise, como a crise econômica e sanitária causada pela pandemia de Covid-19, diante dos

princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, deve-se buscar minimizar os efeitos deletérios de uma dispensa coletiva, sob pena de incorrerem as empresas em abuso de direito.

Referências

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Enunciado 57. In: Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, 2., 2017, Brasília. *Enunciados aprovados* [...]. Brasília: Anamatra, 2017. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Substitutivo 1 do Projeto de Lei n. 6.787/2016*. Apresentado em 12.4.2017. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?cod_teor=1544961&filename=SBT+1+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. Justiça do Trabalho. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *MS 0101827-07.2020.5.01.0000*. Rel. Giseller Bondim Lopes Ribeiro. Julgado em 8.10.2020.

BRASIL. Justiça do Trabalho. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 1ª SDI. *Proc. 0011778-65.2017.5.03.0000 (MS)*. Rel. Des. José Eduardo Resende Chaves Jr., j. 26.4.2018.

BRASIL. Justiça do Trabalho. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. *ROT 0000272-24.2020.5.12.0037*. Rel. Helio Bastida Lopes. 1ª Câmara. Julgado em 1º.12.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 999435*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5059065&numeroProcesso=999435&classeProcesso=RE&numeroTema=638>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-10617-71.2013.5.01.0014, 3ª Turma. Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado, *DEJT* 11 maio 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-940-70.2015.5.23.0002, 3ª Turma. Relator: Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, *DEJT* 12 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *ED-RODC - 30900-12.2009.5.15.0000*. Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Julgamento: 10.8.2009. Data de Publicação: 4.9.2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-10351-92.2013.5.08.0013, 4ª Turma. Relator: Min. Alexandre Luiz Ramos, *DEJT* 27 set. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução n. 1/2020* – Pandemia e direitos humanos nas Américas. Washington, D.C.: CIDH, 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2021.

CONSELHO EUROPEU. *Diretiva n. 98/59/CE, 20 de julho de 1998*. Disponível em: <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/4536855b-5b01-4f1a-a4b0-f83f971714c8>. Acesso em: 9 jan. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf. Acesso em: 11 jan. 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

LEITÃO, André Studart; SILVA, Ticianne Pereira da. Uma análise da dispensa coletiva pós-reforma trabalhista à luz da teoria do utilitarismo. *Revista da Escola Nacional da Inspeção do Trabalho*, Brasília, ano 3, p. 37-57, 2019. Disponível em: <https://enit.trabalho.gov.br/revista/index.php?journal=RevistaEnit&page=article&op=view&path%5B%5D=68&path%5B%5D=36>. Acesso em: 11 jan. 2021.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra; MOREIRA, Nelson Camatta. A eficácia da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho no ordenamento jurídico brasileiro. In: ROCHA, Cláudio Jannotti da *et al.* (org.). *Os instrumentos normativos: tratados e convenções internacionais*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. *E-book*. p. 307-337. v. 3. (Coleção Direito Internacional do Trabalho).

PORTO, Lorena Vasconcelos; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. A dispensa em massa e a pandemia do COVID19. *Rev. Trib. Reg. Trab.* 3^a Reg., Belo Horizonte, edição especial, t. II, p. 477-507, jul. 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.