

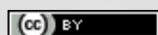


Recebido em: 22.05.2019
Aceito em: 27.06.2019

<https://doi.org/10.33239/rtdh.v2i1.39>

1 Professor Associado da Faculdade de Direito de Coimbra. Doutorado em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vice-Presidente da Direção do IDET – Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho da Faculdade de Direito de Coimbra. Membro da Direção da Associação de Estudos Laborais. Membro da Direção da APODIT – Associação Portuguesa de Direito do Trabalho.

<https://orcid.org/0000-0002-6041-9175>



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

A reforma trabalhista brasileira e o despedimento coletivo: modernização ou mercantilização?

Brazilian labor reform and collective dismissal: modernization or commodification?

La reforma laboral brasileña y el despido colectivo: modernización o mercantilización?

JOÃO LEAL AMADO¹

RESUMO

A reforma trabalhista brasileira introduziu na CLT um novo artigo – o art. 477-A –, relativo à matéria do despedimento coletivo (ou dispensa coletiva), o qual suscita as maiores dúvidas no plano interpretativo e parece situar-se na contramão da evolução do direito laboral nos países da União Europeia (e também em Portugal), onde há muito existe uma diretiva que obriga a entidade empregadora que pretenda promover um despedimento coletivo a respeitar as pertinentes regras de índole procedimental, consultando e auscultando os representantes dos trabalhadores, negociando e dialogando com estes, antes de efetuar tal despedimento. O artigo conclui que esta norma é um bom exemplo de que flexibilizar nem sempre significa modernizar a legislação, antes, por vezes, significa apenas reduzir o trabalhador à condição de mercadoria, contrariando o princípio estruturante, há muito firmado pela OIT, segundo o qual “o trabalho não é uma mercadoria”.

PALAVRAS-CHAVE: despedimento coletivo; negociação e consulta; procedimento; reforma trabalhista.

ABSTRACT

The Brazilian labor reform introduced a new article in the CLT - art. 477-A, which deals with collective termination (collective dismissal), which raises the greatest doubts on the interpretative plane and seems to be contrary to the evolution of labor law in the countries of the European Union (and also in Portugal), where for a long time there has been a directive that obliges the employer that intends to promote a collective dismissal to respect the pertinent procedural rules, consulting and listening to the representatives of the workers, negotiating and talking with them, before effecting such dismissal. The article concludes that this rule is a good example of how flexibilizing does not always mean modernizing legislation, but sometimes it means only reducing the worker to the condition of merchandise, contrary to the ILO's long-established structuring principle that “work is not a commodity”.

KEYWORDS: collective dismissal; negotiation and consultation; procedure; reform.

RESUMEN

La reforma laboral brasileña introdujo en el Código de Trabajo un nuevo artículo - art. 477-A - en materia de despido colectivo (ERE - expediente de regulación de empleo), lo que plantea las cuestiones más importantes en el plan interpretativo y parece estar en la dirección opuesta de la evolución de la legislación laboral en la Unión Europea (y en Portugal) donde hay mucho que hay una política que requiere que el empleador que quiera promover un despido colectivo de respetar las normas pertinentes de carácter procedimental, consultoría y escuchando representantes de los trabajadores, negociando y dialogando con ellos, antes de hacer tal despido. El artículo concluye que esta norma es un buen ejemplo de que la flexibilidad no siempre significa modernizar la legislación, antes que, a veces, sólo significa reducir el trabajador a la condición de mercancía, en contra del principio estructurante, a largo firmado por la OIT, según el cual “el trabajo no es una mercancía”.

PALABRAS CLAVE: despido colectivo; negociación y consulta; procedimiento; reforma laboral.

INTRODUÇÃO: A PROTEÇÃO CONTRA O DESPEDIMENTO ARBITRÁRIO OU SEM JUSTA CAUSA

É certo que a era da nova economia globalizada, dinâmica, inovadora e ferozmente competitiva obedece à lógica do efêmero, do volátil e do imprevisível, sendo incompatível com o ideal do “emprego para toda a vida” que, de algum modo, imperou no século passado. Daí, porém, não se segue inexoravelmente que o ordenamento jurídico tenha de contemporizar com despedimentos arbitrários, dispensando o empregador de justificar a sua decisão extintiva e isentando esta última do escrutínio judicial. Não parece, pois, que se deva remeter a estabilidade no emprego para a arca das velharias inúteis, optando por consagrar o princípio do despedimento livre ou *ad nutum*, segundo o qual, *free to hire, free to fire*, permitindo-se que o empregador despeça o trabalhador por qualquer razão, ou mesmo sem razão.

A doutrina do *employment-at-will*¹, segundo a qual, “*men must be left, without interference to buy and sell where they please, and to discharge or retain employees at will for good cause or for no cause, or even for bad cause without thereby being guilty of an unlawful act per se*”², representa, sem dúvida, o grau máximo de flexibilidade laboral. Tem, porém, o sério inconveniente de abrir as portas ao arbítrio patronal, instituindo a precariedade como traço indelével de toda e qualquer relação de trabalho. Acresce que aquela doutrina do *employment-at-will* é claramente violadora da Convenção n.º 158 da OIT (a exigência de motivação do despedimento patronal encontra guarida no art. 4.º da Convenção), bem como da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, cujo art. 30.º estabelece que todos os trabalhadores têm direito a proteção contra os despedimentos sem justa causa.

Dir-se-ia, pois, que a estabilidade no emprego e a tutela contra o despedimento arbitrário são valores a salvaguardar e promover pelo ordenamento jurídico — valores, decerto, não absolutos, mas também, cremos, não obsoletos. Daí que a Constituição da República Portuguesa (CRP) estabeleça, no seu art. 53.º, que “é garantida aos trabalhadores

¹ Que corresponde, na terminologia brasileira, à chamada “regra da porta aberta” — assim, MANNRICH, Nelson. Dispensa coletiva e negociação coletiva prévia: novas diretrizes. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, n. 19, 2011, p. 101.

² Citada e exemplarmente sustentada por EPSTEIN, Richard A. In Defense of the Contract at Will. *University of Chicago Law Review*, vol. 51, 1984, p. 947 e ss.



a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos”. E daí que a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) consagre, como um dos direitos dos trabalhadores, o de “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos” (art. 7.º, inciso I)³.

1 O MARCO LEGAL (OU A AUSÊNCIA DELE): TANTO MAR ENTRE PORTUGAL E O BRASIL...

Dir-se-ia, assim, que os pilares constitucionais de ambos os países, quanto a este ponto, são similares: a CRP proíbe os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos, garantindo a segurança no emprego; a CRFB censura/combate os despedimentos arbitrários ou sem justa causa, dando expressão ao princípio da continuidade da relação de emprego⁴. Porém, se descermos de patamar hierárquico e se analisarmos a

³ Em Portugal utiliza-se o termo “despedimento”, ao passo que no Brasil se usa “despedida” ou “dispensa”. Em qualquer caso, está correto: o empregador despede ou dispensa o trabalhador, vale dizer, expelle-o, expulsa-o da empresa, priva-o do emprego (“manda-o embora”); já o trabalhador não pode despedir o empregador, pode, quando muito, demitir-se, sair da empresa, libertar-se daquele vínculo de subordinação (“vai-se embora”). A lei portuguesa, todavia, se já utiliza o termo “despedimento”, ainda não aceita a figura da “demissão”, preferindo refugiar-se em conceitos mais civilísticos (resolução, denúncia, etc.). Cremos que, sem prejuízo do rigor técnico, seria preferível “laboralizar” a terminologia, tornando-a mais expressiva.

⁴ Sobre a ligação entre o princípio da continuidade da relação de emprego e o art. 7, inciso I, da CRFB, *vd.*, por todos, FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso Crítico de Direito do Trabalho – Teoria Geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 267-271. Importa, porém, ter em atenção que no Brasil o conceito de “estabilidade no emprego” é tradicionalmente mais rígido e exigente do que o de mera “proteção contra o despedimento arbitrário”, pois ao passo que motivos estruturais ou económicos da empresa poderão justificar o despedimento (este será um despedimento não arbitrário), havendo estabilidade no emprego os motivos empresariais ou económicos não assumem relevo, apenas sendo permitido o despedimento se e quando baseado num ato culposo e grave do trabalhador — por todos, SOUTO MAIOR, Jorge. *Curso de Direito do Trabalho: A Relação de Emprego*, vol. II. São Paulo: LTr, 2008, p. 471-472, bem como o disposto no art. 492 da CLT, relativo à chamada “estabilidade decenal”. Neste sentido forte ou quase absoluto, de “estabilidade propriamente dita”, como escreve Pedro Paulo Manus, “entende-se por regime da estabilidade o sistema jurídico que garante ao empregado a manutenção do emprego, enquanto ele cumprir suas obrigações contratuais e desejar a manutenção do vínculo que o une ao empregador” (MANUS, Pedro Paulo T.. *Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 166). Assim, a simples tutela contra o despedimento arbitrário corresponderia à chamada “garantia no emprego”, mas não, em rigor, à “estabilidade no emprego”. Existem, em todo o caso, outras aceções de “estabilidade no emprego”, mais próximas do significado do art. 53.º da CRP, tais como, p. ex., as avançadas por José Augusto Rodrigues Pinto: “Perda da faculdade de denúncia unilateral imotivada pelo empregador”, “bloqueio do seu poder de *denúncia vazia* do contrato individual de emprego” (PINTO, José Augusto R. *Tratado de Direito Material do Trabalho*. LTr: São Paulo, 2007, p. 520). Também a de Amauri Mascaro Nascimento, que define a estabilidade no emprego como “o direito do trabalhador de permanecer no emprego, mesmo contra a vontade do empresário, enquanto inexistir causa relevante que justifique sua despedida”



legislação ordinária vigente em cada um deles, logo verificamos que existe hoje um enorme oceano a separá-los. Com efeito, o princípio do despedimento causal ou justificado encontra-se hoje solidamente implantado em Portugal, mas já no Brasil, pelo contrário, predomina a tese da aceitação do despedimento livre ou *ad nutum* (“denúncia vazia”, “dispensa imotivada”, “despedida arbitrária”). Vejamos porquê.

A norma constitucional brasileira que protege os trabalhadores “contra despedida arbitrária ou sem justa causa” tem suscitado aceso debate doutrinal e jurisprudencial, prevalecendo o entendimento segundo o qual não há sinonímia entre despedimento arbitrário e despedimento sem justa causa, vale dizer, haverá despedimentos sem justa causa que não são arbitrários, pois a decisão extintiva do empregador, ainda que injusta, pode ter motivação bastante, traduzindo-se num ato razoável e justificado, se bem que não fundado em falta disciplinar cometida pelo trabalhador.

Nesta ordem de ideias, haveria que distinguir entre quatro tipos de despedimento: i) o despedimento com justa causa, disciplinar; ii) o despedimento sem justa causa, mas não arbitrário (baseado em razões de ordem técnica, económica ou financeira, na linha do disposto no art. 165 da CLT); iii) o despedimento arbitrário, imotivado (“*for no cause*”); iv) e, por último, o despedimento abusivo ou discriminatório, o qual, mais do que imotivado, se baseia num motivo torpe ou vil (“*for bad cause*”)⁵.

Tendo em conta a norma constitucional em apreço, dir-se-ia que o princípio do despedimento causal ou justificado, vigente em Portugal e recomendado pela OIT, imperaria também no Brasil. Sucede, porém, que: i) o direito à “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa” efetivar-se-á, segundo o art. 7.º, I, da Constituição brasileira, “nos termos de lei complementar” (a qual, até hoje, mais de trinta anos volvidos,

(NASCIMENTO, Amauri M. *Curso de Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1184). Esta noção coloca o acento tónico da estabilidade no direito à reintegração, mas é compatível com a existência de “causas objetivas” de despedimento, na linha do que se encontra previsto pela legislação portuguesa. Para maiores desenvolvimentos, CARDOSO, Jair Aparecido. *A Estabilidade no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

⁵ Para desenvolvimentos a este respeito, permitimo-nos remeter, em especial, para MANUS, Pedro Paulo T. *Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996; SILVA, Antônio A. *Proteção Contra a Dispensa na Nova Constituição*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992; ROMITA, Arion Sayon. *Despedida Arbitrária e Discriminatória*. Rio de Janeiro: Forense, 2008; SOUTO MAIOR, Jorge. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT. *Revista LTr*, São Paulo, 2004, p. 1323-1331, e HAZAN, Ellen (coord.). *A Proteção Constitucional Contra a Dispensa Arbitrária ou Sem Justa Causa*. Belo Horizonte: RTM, 2011.



ainda não surgiu); ii) segundo o art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7.º, I, da Constituição, “fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6.º, *caput* e § 1.º, da Lei n.º 5107, de 13 de setembro de 1966”⁶.

Atento o quadro normativo acima esboçado, e sendo certo que a questão continua a ser alvo de intenso debate doutrinal no Brasil, o entendimento majoritário que se forjou pode resumir-se nestas lapidares palavras de Pedro Paulo Manus:

Em conclusão, atualmente, após a vigência do art. 7.º da Constituição Federal e sem a lei complementar a que se refere, temos por ora equiparadas, quanto aos seus efeitos, a dispensa sem justa causa e a dispensa arbitrária, ensejando ambas a multa do FGTS paga à razão de 40% sobre o montante dos depósitos existentes na conta vinculada, como determina o art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. E a Constituição é expressa quanto à temporariedade desta penalidade, limitando-a ao período até à promulgação da lei complementar⁷.

É claro que sempre se poderá dizer, acompanhando Renato Rua de Almeida⁸, que, ocorrendo a despedida, seja ela arbitrária ou sem justa causa, o ato unilateral do empregador será ilícito. E, como bem observa Luciano Martinez⁹, se tomarmos a garantia de emprego numa acepção compreensiva, abrangendo a imposição de quaisquer desincentivos à extinção

⁶ Trata-se do diploma que instituiu o chamado Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), diploma revogado e substituído pela Lei n.º 7839/89, por sua vez revogada e substituída pela Lei n.º 8036/90. No essencial e para o que ora nos interessa, o FGTS constitui um depósito bancário feito pelo empregador em nome do trabalhador e destinado a formar uma poupança para este, que poderá ser sacado nas hipóteses previstas na lei, principalmente se e quando ele for despedido sem justa causa (caso em que incidirá um acréscimo percentual sobre o montante depositado, nos termos legais, correspondente a 40%). Sobre o FGTS, por todos, MARTINS, Sérgio Pinto. *Manual do FGTS*. 5. ed., Saraiva: São Paulo, 2017. Trata-se, de resto, de um dos direitos dos trabalhadores previstos no art. 7.º da Constituição Federal (inciso III).

⁷ MANUS, Pedro Paulo T. *Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa*, cit., p. 56-57. No mesmo sentido, MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva e negociação coletiva prévia: novas diretrizes*, cit., p. 103.

⁸ Escreve, com razão, o autor: “Não havendo justificação para as despedidas coletivas e individuais, isto é, ocorrendo a despedida arbitrária ou sem justa causa, o ato unilateral do empregador é ilícito” (ALMEIDA, Renato Rua de. *Proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa*. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15.ª Região*, n. 40, 2012, p. 81).

⁹ MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 687-689. Esta sempre representa, nas palavras de Sérgio Torres Teixeira, uma “medida de inibição à prática da dispensa” (TEIXEIRA, Sérgio T. *Nova Dinâmica da Reintegração Judicial no Emprego*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, Faculdade de Direito do Recife, 2004, p. 73-78).



do contrato por iniciativa patronal, então a mais clássica de todas as fórmulas de garantia de emprego consiste, justamente, na indenização de 40% sobre o FGTS. Mas a sanção legal é tão modesta que, no essencial, ninguém duvida de que o FGTS veio liberalizar o mercado de trabalho brasileiro¹⁰ e veio atenuar substancialmente o papel do tradicional princípio da continuidade da relação de emprego:

[...] ao se propiciar a franca ruptura desmotivada do contrato empregatício por ato empresarial; em síntese, a *denúncia vazia* do pacto empregatício. O ato de dispensa, na nova sistemática, não dependeria mais de uma causa tipificada em lei, considerada razoável para autorizar o fim do contrato, qualquer que fosse o tempo de serviço do empregado: bastaria a simples vontade do empregador (por isso fala-se também em *dispensa desmotivada*, isto é, sem motivo jurídico relevante e tipificado, a não ser a prerrogativa potestativa empresarial). Noutras palavras, o motivo para a ruptura do contrato exigido pela ordem jurídica é interno, íntimo à vontade empresarial — trata-se do simples exercício do arbítrio pelo empregador¹¹.

Em sentido próximo ao que acabámos de expor, pergunta Augusto César Leite de Carvalho¹² “Pode o empresário brasileiro despedir sem causa específica um empregado?”. Eis como responde:

¹⁰ Em sentido muito crítico sobre o papel histórico desempenhado pelo FGTS, VIANA. Márcio Túlio. *70 anos de CLT: uma história de trabalhadores*. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2013, pp. 105-111. Tratou-se, como sublinha Gabriela Neves Delgado, da figura que, ainda nos anos sessenta do passado século, deu início ao processo de flexibilização trabalhista brasileira (uma flexibilização, dir-se-ia, *avant la lettre*), retirando segurança ao trabalhador e facilitando sobremaneira o respetivo despedimento (DELGADO, Gabriela N. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 175.

¹¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed., São Paulo: LTr, 2018, p. 1308. É claro que, em certo sentido, como bem observa Arion Sayão Romita, a expressão “despedida imotivada” revela-se errônea e mesmo uma autêntica *contradictio in terminis*, pois não há despedimento sem motivo, isto é, o empregador sempre sabe por que despede o trabalhador. Assim, “qualquer ato voluntário obedece a motivos, é motivado, já o ato irracional é imotivado (ato do insano, do animal inferior). A despedida – ato voluntário do empregador, animal racional – é sempre motivada” ROMITA, Arion S. *Proscrição da Despedida Arbitrária*. São Paulo: LTr, 2011, p. 13). Isto sem prejuízo de existirem alguns casos específicos de estabilidade no emprego no Brasil, alguns, inclusive, com arrimo na Constituição Federal, tais como os do dirigente sindical e da trabalhadora gestante, que não serão objeto da nossa atenção. Para uma panorâmica geral a este propósito, BELMONTE, Alexandre Agra. A proteção do emprego na Constituição Federal de 1988 – estabilidade, garantias provisórias, proteção geral à despedida arbitrária ou sem justa causa e direitos decorrentes da extinção contratual. *Revista da Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas – ABRAT*, n. 2, 2014, p. 11-55, e LEITE, Carlos Henrique B. A Proteção da Relação Empregatícia no Estado Democrático de Direito. In: REIS, Daniela M.; MELLO, Roberta D. de; COURA, Solange B. de C. (Org.). *Trabalho e Justiça Social: um tributo a Maurício Godinho Delgado*. São Paulo: LTr, 2013, p. 237-249.

¹² CARVALHO, Augusto C. L. *Garantia de Indenidade no Brasil* São Paulo: LTr, 2013, pp. 169-170.



A resposta estaria, *a priori*, no art. 7.º, I, da Constituição brasileira, por cujo preceito se tutela a relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, mas reclama por lei complementar que incluiria a indenização compensatória e, enquanto tal regulamentação não sobrevém, é regulamentado por dispositivos que (...) autorizam o empresário, não propriamente a dispensar, mas sim, e com igual efeito prático, a pagar indenização de valor equivalente a 40% do saldo na conta vinculada do empregado no FGTS, nos casos de despedida sem justa causa.

E o autor conclui:

Daí resulta que a proteção constitucional se realiza de modo contraditório: o empresário, embora sob regência de norma jurídica pretensamente inibidora da despedida, possui a faculdade de dispensar imotivadamente o empregado, desde que pague a indenização citada.

No Brasil, o direito de o empregador pôr termo ao contrato de trabalho, sem que para tanto tenha que apresentar qualquer motivo ou fundamento, surge, pois, como uma espécie de dogma, ainda que normas-princípios constitucionais indiquem o contrário. Como observa Jólía Lucena da Rocha Melo¹³, na prática

[...] parte-se da premissa de que há autorização, pelo legislador constituinte, ao menos em caráter transitório, embora a transitoriedade já perdure em mais de duas décadas, de dispensas sem justa causa, bem como das não revestidas de causas técnicas, econômicas ou financeiras, desde que se proceda ao pagamento de indenização compensatória.

Ora, curiosamente, é esta ideia de denúncia vazia, de dispensa desmotivada, de despedida arbitrária, de liberdade total para contratar e para distratar, de ampla e quase irrestrita faculdade para pôr termo ao contrato de trabalho por iniciativa unilateral da entidade empregadora, é tudo isto que, amiúde, se pretende transmitir quando se considera o despedimento como expressão de um direito potestativo da entidade empregadora. Veja-se o seguinte e esclarecedor trecho de Amauri Mascaro Nascimento¹⁴:

¹³ MELO, Jólía L. da R. *Abuso do Direito nas Dispensas sem Justa Causa e Arbitrárias*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 207.

¹⁴ NASCIMENTO, Amauri M. *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 1132.



Adquiriu certa relevância, tanto que é repetida em nossa época, a teoria segundo a qual a dispensa do empregado é direito potestativo do empregador. Assim, o patrão tem o direito de rescindir o contrato de trabalho unilateralmente, com ou sem motivo, segundo o seu livre critério, porque o ato jurídico reveste-se de carácter absoluto, não comportando oposições, quer do empregado, quer da autoridade pública.

Como observa Leonardo Vieira Wandelli¹⁵:

[...] assim fixado o entendimento dominante quanto à existência de um direito abstrato do empregador à despedida arbitrária ou sem justa causa mediante o pagamento da indenização tarifada, tal prerrogativa é compreendida como *direito potestativo*, de natureza receptícia.

Ora, se potestativo significa poder arbitrário e sem condições, tendencialmente insindicável e irresistível, então muitas vezes doutrinários insurgem-se contra este direito potestativo atribuído ao empregador. Veja-se, a título de exemplo, o seguinte passagem de Antônio Álvares de Silva¹⁶:

Conceituar a dispensa como direito meramente potestativo, pelo qual o empregador por ato unilateral ponha fim ao contrato de trabalho, é o mesmo que reconhecer, no Direito do Trabalho, o princípio pleno da autonomia privada e confundi-lo com o Direito Privado, negando-lhe a autonomia própria conquistada através de longos anos de lutas por sua identidade.

Em sentido próximo, conclui o próprio Amauri Mascaro Nascimento¹⁷:

Parece-me irrefletida qualquer tentativa de atribuir ao ato de dispensa do empregado a natureza de direito potestativo do empregador. O empregador não pode ter um poder absoluto, *erga omnes*, uma autoridade inoponível sobre o empregado, para despedi-lo, sem que

¹⁵ WNADELLI, Leonardo V. *Despedida Abusiva* – o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade. São Paulo: LTr, 2004, p. 332.

¹⁶ SILVA, Antonio A. *Proteção Contra a Dispensa na Nova Constituição*, cit., p. 204.

¹⁷ NASCIMENTO, Amauri M. *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 1134.



alargada de modo indesejável e impróprio a noção de direito potestativo, já por si merecedora de limitações.

E, na mesma linha de raciocínio, escreve Maurício Godinho Delgado¹⁸:

O critério da dispensa desmotivada por ato empresarial confere, infelizmente, a essa modalidade de ruptura do contrato empregatício o estatuto jurídico de simples exercício de um poder potestativo pelo empregador — poder próximo ao absoluto, portanto.

Entendemos e partilhamos as preocupações manifestadas pela doutrina brasileira em relação a este ponto. Não podemos, porém, subscrever essas afirmações, dado que nos parece que, salvo o devido respeito, elas falham o alvo. Com efeito, e em termos técnico-jurídicos, o problema não reside, a nosso ver, em conceber o despedimento como um direito potestativo do empregador. O problema está, sim, na faculdade patronal de “denúncia vazia” ou “dispensa desmotivada” ou “despedida arbitrária” do trabalhador. E, cremos, esta ampla e muito criticável faculdade de despedir imotivadamente o trabalhador, sem ter de lhe dar quaisquer explicações — note-se, porém, que o empregador que pretenda despedir sem justa causa terá de conceder aviso prévio ao trabalhador, no mínimo de trinta dias e proporcional ao tempo de serviço, nos termos do art. 7.º, XXI, da Constituição Federal¹⁹ —, não se confunde — não deve ser confundida — com a qualificação do despedimento como correspondendo, estruturalmente, a um direito potestativo do empregador. Vejamos.

As duas grandes modalidades do direito subjetivo, em sentido amplo, são bem conhecidas. A civilística apurou há muito essas noções com rigor, apartando o conceito de direito subjetivo em sentido estrito ou propriamente dito do conceito de direito potestativo: no primeiro caso, e na lição de Orlando de Carvalho²⁰, teremos uma concreta situação de poder que faculta a uma pessoa pretender ou exigir de outra um determinado comportamento positivo ou negativo — teremos, pois, uma situação de poder que tem como reverso uma situação de dever, como tipicamente sucede nos direitos de crédito (por

¹⁸ DELAGADO, Maurício G. *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 1318.

¹⁹ Este aviso prévio funciona, evidentemente, como uma limitação ao poder patronal de despedir (neste sentido, por todos, MAGANO, Octavio Bueno. *Primeiras Lições de Direito do Trabalho*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 81).

²⁰ CARVALHO, Orlando de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 135 e ss.



exemplo, no crédito salarial de que o trabalhador é titular em face do empregador); no segundo caso, teremos uma concreta situação de poder que faculta a uma pessoa, por um ato de vontade seu, com ou sem formalidades, só de per si ou integrado por um ato da autoridade pública — quase sempre por uma decisão judicial —, produzir determinados efeitos jurídicos que se impõem inelutavelmente a outra pessoa (teremos, pois, uma situação de poder que tem como reverso uma situação de sofrer, de sujeição jurídica).

Ora, em sede de despedimento/despedita, no campo da resolução ou da denúncia unilateral do contrato de trabalho pelo empregador, é manifesto que não estamos perante um qualquer direito subjetivo em sentido estrito (a contraparte nada deve), mas sim perante um direito potestativo, mais propriamente perante um direito potestativo extintivo²¹, a que a contraparte se encontra sujeita, tendo necessidade de suportar o exercício desse direito, bem como a produção das respetivas consequências jurídicas. Queremos frisar este ponto: o direito de o empregador despedir o trabalhador, se existir e nas condições em que existir, consiste sempre, estruturalmente, num direito potestativo extintivo da relação jurídico-laboral, nada mais restando ao titular passivo (neste caso, o trabalhador), queira ou não queira, do que sofrer ou suportar a alteração que se produz na sua esfera jurídica (neste caso, o fim do contrato de trabalho e a perda do emprego).

E isto é assim, note-se, tanto em Portugal como no Brasil, independentemente do modo como a lei regula o despedimento, exija ou não justa causa para o mesmo, aceite ou não a licitude do despedimento arbitrário, etc. Vale isto por dizer que, do ponto de vista estrutural, o direito de despedir, independentemente dos moldes em que a lei o acolha e regule — admita a lei a livre denúncia do contrato de trabalho ou, ao invés, apenas admita a resolução causal do mesmo —, sempre se traduz, tecnicamente, num direito potestativo do empregador e não num qualquer direito subjetivo em sentido estrito.

A nosso ver, o problema não reside, pois, ao contrário do que alguns dão a entender, na apreensão do despedimento patronal como direito potestativo do empregador, mas sim na latitude ou amplitude conferida a esse mesmo direito potestativo pela ordem jurídica. O problema reside, para continuarmos a utilizar a terminologia civilística, nas faculdades

²¹ É tradicional fazer aqui uma classificação, de acordo com as possíveis modalidades do efeito jurídico que o direito potestativo tende a produzir, distinguindo entre direitos potestativos constitutivos, modificativos ou extintivos.



jurídicas secundárias englobadas naquele direito potestativo, vale dizer, no conjunto de poderes ou faculdades em que juridicamente se desdobra o seu conteúdo ou o seu *licere* — naquilo que é lícito ao titular desse direito fazer, através e por força de tal mecanismo²². O problema reside, reitera-se, na excessiva latitude conferida ao direito de despedir no Brasil, na circunstância de, ao menos na visão predominante, o ordenamento brasileiro tender a aceitar ainda hoje, três décadas decorridas sobre a aprovação da Constituição Federal, que do conjunto de poderes ou faculdades em que se desdobra o conteúdo do direito de despedir faça parte a faculdade de “denúncia vazia” do contrato ou de “dispensa desmotivada” do trabalhador.

Em Portugal, o despedimento é uma declaração vinculada, “porque a validade do ato extintivo está condicionada à verificação de determinados motivos ou razões que a lei considera justificativos da cessação da relação laboral”²³. Já no Brasil, a despedida ou dispensa não parece ser uma declaração verdadeiramente vinculada, pois o despedimento arbitrário ou sem justa causa é tido como válido (ainda que não propriamente legal), podendo o empregador, na prática, denunciar livremente o contrato de trabalho, desde que pague a multa equivalente a 40% do montante dos depósitos do FGTS (isto, claro, com exceção das hipóteses de despedimento abusivo ou discriminatório).

Em qualquer caso, repete-se, é sempre de um direito potestativo do empregador que cuidamos, podendo, isso sim, o seu âmbito ser mais ou menos dilatado, a sua latitude ser mais ampla ou mais estreita, o seu *licere* ser mais ou menos distendido e abrangente. Há que não confundir, pois, o direito potestativo de despedir com o direito de despedir arbitrariamente, visto que mesmo em ordenamentos jurídico-laborais como o português (ou como o ordenamento jusconstitucional brasileiro), que rejeitam o despedimento imotivado ou *ad nutum*, o direito de despedir, quando existe e nos moldes em que existe, traduz-se sempre num direito potestativo do empregador.

Reitera-se: direito potestativo não equivale a direito com caráter absoluto ou ilimitado. Aliás, como ensinam os civilistas, o direito potestativo é produto de normas que conferem poderes. Ora, o poder de o empregador despedir o trabalhador resulta das normas que

²² Sobre a noção de faculdades jurídicas secundárias, CARVALHO, Orlando de. *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 142-143.

²³ MARTINS, Pedro F. *Cessação do Contrato de Trabalho*. 4. ed., Cascais: Principia, 2017, p. 147-148.



estabelecem os requisitos para esse efeito (exigindo ou não a motivação da decisão, impondo ou não a concessão de pré-aviso, estabelecendo ou não exigências procedimentais prévias, etc.), normas que podem ser mais ou menos permissivas nesta matéria, mas que, enquanto tal, não retiram ao despedimento, se e quando o autorizarem, a sua natureza de direito potestativo.

2 DIREITO POTESTATIVO DE DESPEDIR: O ALVO ERRADO

Creemos, pois, pelas razões acima expostas, que urge identificar bem o inimigo: o inimigo não é o direito potestativo de despedir, pela simples razão de que este direito, quando existe — e, tanto quanto sabemos, ninguém o rejeita radicalmente, ninguém hoje sustenta que o trabalhador é como que “proprietário” do seu posto de trabalho —, é sempre, na sua estrutura, um direito potestativo; o inimigo é o direito de despedir arbitrariamente, sem explicações, sem justificação, sem indicação de motivo, “*for no cause*”.

Pelo exposto, e com a devida vénia, não podemos acompanhar Renato Rua de Almeida²⁴, quando escreve:

Pode-se, pois, com certeza afirmar que não existe mais, no direito brasileiro, o direito potestativo do empregador de despedir o empregado, uma vez que a despedida sem justa causa é ato ilícito pelo dano causado da perda do emprego, que deverá ser reparado.

Acrescenta o autor:

Certamente porque hoje em dia a indenização compensatória provisória, representada pela indenização equivalente a 40% dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, não seja suficientemente inibidora da prática do ato ilícito da despedida sem justa causa e porque também não há nenhum controle *a priori* do ato do empregador de despedir, é que se tem a sensação de que o direito potestativo de despedir ainda subsiste no direito brasileiro.

²⁴ “O regime geral do direito do trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa — estudo comparado entre a legislação brasileira e as legislações portuguesa, espanhola e francesa” (ALMEIDA, Renato Rua de. Separata da *Revista LTR — Legislação do Trabalho*, mar. 2007, p. 8-9.



Como escrevemos *supra*, cremos que estas afirmações do insigne autor pressupõem que a qualificação do direito de despedir como direito potestativo corresponderia a reconhecer um direito quase absoluto ou ilimitado na esfera do empregador. Ora, a nosso ver, ainda quando se exija justa causa (ou outras “causas objetivas”) para o despedimento, ainda quando se estabeleçam exigentes requisitos procedimentais para o mesmo, ainda quando se fixem indenizações generosas em caso de despedimento ilícito, ainda quando se preveja o direito de o trabalhador ilicitamente despedido ser reintegrado no seu posto de trabalho, ainda quando todas estas condições se preenchem, nada muda, do ponto de vista estrutural, quanto à natureza jurídica do direito de despedir: este continua a ser um direito potestativo extintivo do empregador – só que, é claro, um direito de cujas faculdades jurídicas secundárias deixou de constar a possibilidade de despedir arbitrariamente (= sem causa) o trabalhador. E, este sim, é o ponto nevrálgico da questão, não o carácter potestativo do direito.

Em texto mais recente, Renato Rua de Almeida²⁵ foi ainda mais incisivo, escrevendo:

A proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, catalogada no texto constitucional brasileiro como direito fundamental, implica dizer que conceitualmente o empregador não mais possui o direito potestativo de despedir.

E o autor acrescenta:

O exercício do direito do empregador de despedir só ocorrerá quando a despedida coletiva não for arbitrária ou quando a despedida individual for em decorrência do cometimento pelo empregado de falta disciplinar ou contratual.

Pela nossa parte, apenas diremos: certo, mas, nestes casos, em que o trabalhador é alvo de um despedimento coletivo não arbitrário ou de um despedimento individual com justa causa, o empregador, ao despedir, exerce, conceitualmente, um direito potestativo...

O sistema de despedimento *ad nutum*, imotivado, arbitrário, foi inequivocamente rechaçado pelas Constituições de ambos os países, portuguesa e brasileira. Aos juristas

²⁵ ALMEIDA, Renato Rua de. Proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, cit., p. 81.



portugueses compete permanecer vigilantes, em ordem a que a legislação ordinária não esvazie de conteúdo a garantia constitucional. Aos juristas brasileiros, cremos, compete intensificar os esforços para que, três décadas volvidas, a lei complementar prevista no art. 7.º, I, da Constituição Federal seja elaborada e aprovada, em ordem a que os trabalhadores brasileiros gozem de uma efetiva tutela contra o despedimento arbitrário ou sem justa causa — pois, até agora, a omissão do legislador ordinário tem prevalecido, na prática, sobre a ação do legislador constituinte, e o que se pretendia (ou, ao menos, se anunciava como) transitório ameaça converter-se em definitivo²⁶. O que, todavia, não passará por “desconstruir” o despedimento enquanto direito potestativo do empregador, mas sim, mais modestamente, por restringir o âmbito deste (sempre subsistente) direito potestativo.

Em conclusão, pensamos ser imperioso focar o alvo, isto é, definir bem o que importa. O que importa é deixar claro que o empregador não tem (nem deve ter) o direito de despedir o trabalhador sem justa causa ou de forma arbitrária²⁷. Deixemos-lhe, apenas, o direito de

²⁶ Nas palavras de Arion Sayão Romita, que exprimem o entendimento doutrinal e jurisprudencial majoritário a este respeito, “a providência adotada pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (art. 10, inciso I), pelo visto, tornou-se permanente, porque, enquanto não for promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7.º, I, da Constituição, não haverá, no direito positivo brasileiro, proteção contra a despedida arbitrária”. Ora, acrescenta o autor, importa sanar com urgência este vazio legal, concluindo: “O direito ao trabalho, proclamado como um dos direitos sociais pelo art. 6.º da Constituição, só pode ser plenamente reconhecido após a consagração pelo direito positivo do princípio da proscrição da despedida arbitrária” (ROMITA, Arion S. *Despedida Arbitrária e Discriminatória*, cit., p. VII). Entretanto, Arion Sayão Romita entende que a lei complementar que vier a regular o preceito constitucional sancionará a despedida arbitrária ou sem justa causa com indenização compensatória, além de outros direitos, mas, algo estranhamente, sustenta que “entre esses outros direitos, não poderá ser contemplada a *reintegração*, medida que exclui o pagamento de indenização”. E remata: “No Brasil, a reintegração será inadmissível” (ROMITA, Arion S. *Despedida Arbitrária e Discriminatória*, cit., p. 83-84). No mesmo sentido discorre, entre outros, Amauri Mascaro Nascimento, autor para quem a estabilidade e a indenização seriam “duas ideias contrapostas”, a própria indenização seria um “direito atribuído ao empregador, não ao empregado”, concluindo que a lei complementar prevista no art. 7, I, da Constituição, “poderá prever tudo o que quiser, menos o que se atritar com o direito de despedir, indenizando” (NASCIMENTO, Amauri M. *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 1178-1184). Salvo o devido respeito, não vislumbramos fundamentos válidos para sustentar estas leituras do preceito constitucional, preceito que, cremos, não consagra o direito patronal de despedir, desde que indenizando, mas reconhece sim um direito fundamental aos trabalhadores, o direito de não serem despedidos de forma arbitrária ou sem justa causa. Nas precisas palavras de Márcio Túlio Viana, “o objeto da norma não é a garantia do direito de rescisão contratual. Nem o empregador é o seu destinatário principal. O que se quer proteger é o emprego — e o sujeito da proteção é o trabalhador subordinado” (VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência*. São Paulo: LTr, 1996, p. 396). Assim sendo, e a nosso ver, caberá à lei complementar fixar os efeitos do despedimento ilícito, nada impedindo o legislador de combinar a tutela ressarcitória com a tutela reintegratória, as quais não se excluem mutuamente (como, aliás, a experiência portuguesa abundantemente comprova).

²⁷ Sobre o ponto, *vd.* ainda as valiosas reflexões de VIANA, Márcio Túlio. *Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção n.º 158 da OIT*. *Revista LTr*, vol. 72, 2008, p. 438-443.



despedir com justa causa ou de forma não arbitrária — e reconhecamos-lhe, sem tibiezas ou equívocos, que este último é um direito potestativo.

3 O DESPEDIMENTO ARBITRÁRIO OU SEM JUSTA CAUSA COMO ATO *CONTRA LEGEM*

Em suma, e no que ao despedimento *for no cause* diz respeito, os ordenamentos dos dois países dão respostas, na prática, bem distintas, a despeito da aparente proximidade dos dispositivos contidos nos arts. 53.º da CRP e 7.º, I, da CRFB. Em Portugal, o despedimento *for no cause* é ilícito em sentido forte, é inválido, gerando direito a “salários intercalares” para o trabalhador, a uma indenização pelos danos causados (sobretudo os de natureza moral) e, em princípio, à reintegração do trabalhador no seu posto de trabalho. Já no Brasil, dir-se-ia, o despedimento *for no cause* é tão brandamente ilícito que até parece lícito, pois a única consequência dele resultante, para o empregador, consiste no pagamento de uma modesta e tarifada multa, correspondente a 40% dos depósitos na conta vinculada do FGTS. Trata-se, pois, quando muito, de um despedimento *contra legem* meramente irregular — dado que o mesmo é válido, eficaz e não confere direito à reintegração ao trabalhador que dele seja objeto.

Pelo exposto, e na terminologia da lei portuguesa, dir-se-ia, talvez, que, quanto aos efeitos, esse despedimento seria válido, mas irregular. Aliás, não falta, no Brasil, quem sustente a legalidade do despedimento arbitrário, à luz do ordenamento vigente. A narrativa dominante, nesta matéria, parece mesmo conceber o despedimento sem justa causa/imotivado como expressão de um ato *lícito* do empregador. Neste sentido, afirma, por exemplo, Sérgio Torres Teixeira²⁸:

Praticada de forma normal a dispensa sem justa causa, isto é, exercido de forma regular o direito de despedir mesmo sem um motivo legítimo, de acordo com as diretrizes da lei, o ato resilitório se revela perfeitamente lícito e o exercício do direito, legítimo. Nesta hipótese, mesmo quando ausente uma justa causa tipificada na lei ou outro motivo de ordem disciplinar, técnica, financeira ou econômica, a despedida se revela válida de acordo com a legislação trabalhista brasileira, pois a regularidade do exercício do respetivo direito

²⁸ TEIXEIRA, Sérgio T. *Nova Dinâmica da Reintegração...*, cit., p. 113.



pressupõe a admissibilidade da dispensa arbitrária ou sem justa causa, impondo o legislador apenas uma série de medidas inibitórias de caráter econômico.

Em sentido próximo, escreve também Gustavo Barbosa Garcia²⁹:

No caso em estudo, o que se tem é a ruptura arbitrária ou sem justa causa do contrato de trabalho, fato que gera o direito à indenização em favor do empregado, em razão da perda do emprego, mas, ao mesmo tempo, não é um ato ilícito ou abusivo propriamente.

Quanto a nós, o despedimento arbitrário ou sem justa causa talvez não seja um ato “ilícito propriamente”, mas, decerto, também não será um ato propriamente lícito. Isso mesmo, de resto, há muito ensina Renato Rua de Almeida. Recordem-se as suas palavras, que já acima transcrevemos e que, a este respeito, na íntegra subscrevemos: “Não havendo justificação para as despedidas coletivas e individuais, isto é, ocorrendo a despedida arbitrária ou sem justa causa, o ato unilateral do empregador é ilícito”.

Creemos, com efeito, que importa clarificar conceitos. O fato de o despedimento arbitrário ou sem justa causa ser válido e eficaz, produzindo o efeito extintivo da relação laboral pretendido pelo empregador, não significa que o mesmo seja legal no Brasil. Como vimos, a Constituição Federal protege os trabalhadores contra tais despedimentos arbitrários ou sem justa causa — estes serão, pois, despedimentos efetuados *contra legem*, despedimentos marcados pela nota da antijuridicidade. É certo que a norma constitucional brasileira remete para lei complementar. Mas, cremos, a ilicitude do despedimento sem justa causa ou arbitrário integra a *previsão* da norma. O que a Constituição remete para lei complementar é a respetiva *estatuição*, é a determinação dos efeitos, das consequências de tais despedimentos sem justa causa ou arbitrários. A este propósito, escreve, a nosso ver com inteiro acerto, Jólia Lucena da Rocha Melo³⁰:

As dispensas sem justa causa e/ou imotivadas são proibidas constitucionalmente. A eficácia da norma subsiste desde sua previsão, não dependendo de complementos. O que se encontra à dependência

²⁹ GARCIA, Gustavo F. B. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 842.

³⁰ MELO, Jólia L. da R. *Abuso do Direito nas Dispensas sem Justa Causa e Arbitrárias*, cit., p. 141-144 e 272.



de complementos é a gama secundária da sanção que a norma pretende ver aplicada através da legislação complementar, a qual, até o presente momento, pelos anseios do constituinte, terminou se limitando ao pagamento da multa sobre os depósitos recolhidos sobre o FGTS.

Daí que, em rigor, ao proferir um despedimento arbitrário ou sem justa causa, o empregador não esteja a exercer um qualquer direito potestativo, mas esteja sim a praticar um ato ilícito. O problema reside no carácter frouxo da sanção aplicada, isto é, está no fato de estes despedimentos serem meramente irregulares e não inválidos, originando uma indenização de montante tarifado e muito limitado para o trabalhador despedido, nos termos do art. 10, II, do ADCT. Como a reação do ordenamento jurídico brasileiro, em face destes despedimentos, é muito débil e pouco enérgica — o ordenamento não neutraliza estes despedimentos, apenas os monetariza —, estes despedimentos até parecem legais, até dão a sensação de corresponderem ao exercício de um direito, como bem observa Renato Rua de Almeida. Mas, em rigor, não é isso que sucede. Do nosso ponto de vista, tais despedimentos são ilegais/irregulares, ainda que a modéstia da sanção aplicável não consiga impedir a prática generalizada (*rectius*: banalizada) dos mesmos.

Urge, pois, que a lei complementar prometida pela Constituição Federal seja elaborada. Mas, parece óbvio, só um ingénuo poderia supor que isso estaria para breve. Aliás, a reforma trabalhista brasileira, aprovada pela Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017, veio, de algum modo, fazer precisamente o contrário.

4 O NOVO ART. 477-A DA CLT: A NEGAÇÃO DO ÓBVIO?

Nesta matéria, o legislador resolveu inovar, por ocasião da reforma trabalhista de 2017, aditando à CLT um novo art. 477-A, com o seguinte teor:

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 efetivação³¹.

Registe-se que, antes da reforma e apesar da total ausência de previsão legal específica, a jurisprudência brasileira (sobretudo por ocasião do famoso “caso Embraer”, que implicou o despedimento de mais de 4.000 trabalhadores) não havia deixado de estabelecer parâmetros para regular o despedimento coletivo, diferenciando-o do despedimento individual e enfatizando que a prévia informação e negociação com as estruturas sindicais constituía requisito procedimental imprescindível para a validade do referido despedimento coletivo³².

Pelo exposto, a intenção do legislador, ao editar este novo art. 477-A, mostra-se inequívoca e situa-se nos antípodas do pretendido pela Constituição brasileira: ao invés de cumprir a tarefa constitucional, distinguindo os despedimentos com justa causa dos despedimentos não arbitrários, baseados em motivos econômicos, de mercado, estruturais ou tecnológicos e, assim, criando e regulando a figura do “despedimento coletivo”, com o respectivo procedimento e os respectivos efeitos, a nova lei parece ter como objetivo, sobretudo, ocultar a figura do despedimento coletivo, quiçá mesmo negar a sua existência, dinamitando a jurisprudência que, nesta matéria, tinha logrado estabelecer algumas regras mínimas de tutela dos trabalhadores, num momento em que estes, tipicamente, se encontram tão desprotegidos e fragilizados, na iminência de perder o seu emprego. Na verdade, ao prescrever que as dispensas imotivadas individuais e coletivas se equiparam para todos os fins, o legislador passa a mensagem de que, afinal, a dispensa coletiva não teria autonomia, antes se traduzindo num conjunto de dispensas individuais, numa mera soma destas. E, em qualquer caso, sem necessidade de negociação e consulta prévia com os trabalhadores afetados e as suas estruturas de representação coletiva.

Ora, a par do despedimento com justa causa (causa subjetiva, baseada em factos

³¹ Sobre a distinção entre a dispensa plúrima e a dispensa coletiva, *vd.*, p. ex., CASSAR, Vólia B. *Direito do Trabalho*. 14. ed., São Paulo: Método, 2017, p. 1009; e GARCIA, Gustavo F. B. *Manual de Direito do Trabalho*. 10. ed., Salvador: Juspodium, 2018, p. 574-576. A figura da “dispensa plúrima” é desconhecida em Portugal.

³² Por todos, ALMEIDA, Renato R. de. Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa? *Revista LTr*, n. 73, 2009, p. 391-393; e MANNRICH, Nelson. Dispensa coletiva e negociação coletiva prévia: novas diretrizes, *cit.*, p. 99-122.



imputáveis ao trabalhador, fatos que consubstanciam a prática de uma infração disciplinar), a lei do trabalho deve prever e regular as modalidades de despedimento por causas objetivas e não arbitrárias, isto é, por motivos da esfera da empresa, por razões económicas, de índole gestonária, entre as quais avulta, como é óbvio, o despedimento coletivo – um despedimento “sem rosto”, ao invés do que sucede no despedimento com justa causa, que é, por definição, um despedimento “com rosto”.

Ou seja, com este novo art. 477-A o que aparentemente se pretende é, sobretudo, o enfatizar do despedimento como “direito potestativo” e expressão de um poder virtualmente absoluto e quase incontrolável da entidade empregadora. Na contramão, note-se, de tudo, ou quase tudo. Na contramão, desde logo, do disposto no art. 7.º, inciso I, da Constituição cidadã, a qual, pelo contrário, se preocupou com a tutela dos trabalhadores em face de despedimentos arbitrários ou sem justa causa³³. Na contramão do disposto na Convenção n.º 158 da OIT, que distingue, com clareza, os despedimentos baseados na conduta do trabalhador daqueles outros fundados nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço (art. 4.º); e que se refere expressamente aos despedimentos por motivos de natureza económica, tecnológica, estrutural ou similar, vinculando o empregador a fornecer aos representantes dos trabalhadores interessados as informações pertinentes, em devido tempo, e dando-lhes ainda ocasião de serem consultados sobre as medidas a tomar para prevenir ou limitar os despedimentos, bem como sobre medidas que visem atenuar os efeitos desfavoráveis de qualquer despedimento para os trabalhadores em causa, designadamente as possibilidades de reclassificação noutra emprego (art. 13.º). Na contramão, também, de toda a evolução do direito europeu nesta matéria, com destaque para a Diretiva 98/59/CE, do Conselho, de 20 de julho de 1998, cujo objetivo essencial é a proteção dos trabalhadores por ocasião de um despedimento coletivo: assim, nos termos do art. 2.º da Diretiva, sempre que tencionarem efetuar despedimentos coletivos, as entidades

³³ Como observam Grijalbo Fernandes Coutinho e Hugo Cavalcanti Melo Filho, “não é dado ao legislador ordinário legislar em sentido diametralmente oposto às regras constitucionais”, sendo que, “bem diferente da inexplicável omissão legislativa quanto à regulamentação do preceptivo constitucional, por 30 anos, é a tentativa de inserir em lei ordinária regra absolutamente colidente com o mesmo preceptivo” (COUTINHO, Grijalbo F. e MELO FILHO, Hugo C. A Injuricidade da Dispensa em Massa de Trabalhadoras e Trabalhadores Autorizada pela Lei n.º 13.467/2017. In: FELICIANO, Guilherme G.; TREVISIO, Marco A. M. T.; FONTES, Saulo T. de C. (Org.). *Reforma Trabalhista: visão, compreensão e crítica*. São Paulo: LTR, 2017, p. 169-176 e p. 171).



empregadoras encontram-se obrigadas a consultar em tempo útil os representantes dos trabalhadores, com o objetivo de chegar a um acordo; e as consultas incidirão, pelo menos, sobre as possibilidades de evitar ou de reduzir os despedimentos coletivos, bem como sobre os meios de atenuar as suas consequências recorrendo a medidas sociais de acompanhamento destinadas, nomeadamente, a auxiliar a reintegração ou reconversão dos trabalhadores despedidos³⁴. E na contramão, ainda, da jurisprudência que, a despeito da lacuna legal em relação aos despedimentos coletivos no Brasil, logrou estabelecer um razoável patamar de proteção procedimental para os trabalhadores envolvidos nessa dispensa massiva, um patamar, dir-se-ia, que exprimia um mínimo civilizacional de decência nesta matéria, tratando os trabalhadores em causa como pessoas e não como mercadoria descartável³⁵.

Na verdade, a chamada “mão de obra” será, decerto, um fator produtivo, a conjugar com os demais no todo que é a empresa. Mas, antes e acima disso, a mão de obra são *pessoas* — é que, como alguém certa vez observou, o trabalho não existe, o que existe são pessoas que trabalham. “O trabalho não é uma mercadoria!” Eis o princípio fundamental afirmado na célebre Declaração de Filadélfia, adotada pela 26ª Conferência da OIT em 10 de maio de 1944. Esta afirmação constitui, afinal, o fundamento normativo nuclear do Direito do Trabalho, significando o primado da dignidade do trabalho e de quem o presta sobre outras considerações, nomeadamente as que relevam da eficiência económica. E, como escreveu Kant³⁶, a dignidade não tem preço:

³⁴ Como é sabido, as diretivas vinculam os Estados-Membros seus destinatários quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios de os alcançar (art. 288.º do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia). As diretivas destinam-se a ser transpostas para o ordenamento de cada Estado-Membro, tendo tal sido feito, no caso português, através do Código do Trabalho (CT), cujos arts. 359.º a 366.º estabelecem a noção, o procedimento e os efeitos do despedimento coletivo. A falta de promoção da negociação com a estrutura representativa dos trabalhadores implicará a ilicitude do respetivo despedimento, nos termos do art. 383.º do CT, com as inerentes consequências (indenização pelos danos causados, pagamento das retribuições intercalares e reintegração do trabalhador ou indenização substitutiva, segundo disposto nos arts. 389.º a 392.º do CT). Para desenvolvimentos a este respeito, AMADO, João L. *A Cessação do Contrato de Trabalho – Uma Perspectiva Luso-Brasileira*. São Paulo: LTr, 2017, p. 101-105 e 115-135.

³⁵ Daí que Augusto César Leite de Carvalho observe, com acerto, que a nova norma legal possui “o mal disfarçado intuito de comprometer esse estágio civilizatório” antes alcançado (CARVALHO, Augusto C. L. de *Direito do Trabalho, Curso e Discurso*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 454.

³⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 77.



No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.

O despedimento consiste, decerto, numa das formas de cessação do contrato de trabalho, numa rutura do vínculo jurídico-laboral por iniciativa unilateral da entidade empregadora. O despedimento é isso, mas é muito mais do que isso. O despedimento, como bem assinalam Baylos Grau e Pérez Rey³⁷, é também um ato de violência do poder privado:

[...] a empresa, através da privação do trabalho a uma pessoa, procede à expulsão dessa pessoa de uma esfera social e culturalmente decisiva, vale dizer, de uma situação complexa em que, através do trabalho, esta obtém direitos de integração e de participação na sociedade, na cultura, na educação e na família. Cria uma pessoa sem qualidade social, porque a qualidade da mesma e os referentes que lhe dão segurança na sua vida social dependem do trabalho.

Justamente porque o despedimento se traduz — também se traduz — num ato de violência do poder patronal/empresarial, saber em que condições tal ato poderá ser legitimamente praticado pela entidade empregadora e determinar as consequências do respetivo exercício na esfera do trabalhador atingido constituem dois aspetos de suma relevância para o ordenamento jurídico-laboral. Como sublinham os autores acima citados, a violência do despedimento constitui um facto que não deixou de ser submetido a um processo de “civilização democrática” por parte do Direito do Trabalho — esse poder foi racionalizado, foi condicionado, foi formalizado, foi limitado e foi procedimentalizado, através da exigência da observância de um *due process* como requisito habilitante da decisão de despedimento. Já Niklas Luhmann, há muito, o disse: “o poder legitima-se através do procedimento”.

Não sabemos como é que a doutrina e os tribunais brasileiros vão interpretar e aplicar este novo art. 477-A da CLT³⁸. Da nossa parte, olhando para o artigo aditado com a perspetiva

³⁷ GRAU, Baylos; REY, Pérez. *El Despido o la Violencia del Poder Privado*. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 44. Em sentido próximo, escreve Valdete Souto Severo: “Somos enquanto trabalhamos, por isso, perder o lugar de trabalho, muitas vezes, implica também perder referências, contatos, amizades, ambiente, rotina. Significa perder parte de si mesmo” (SEVERO, Valdete S. *O Dever de Motivação da Despedida na Ordem Jurídico-Constitucional Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 12.

³⁸ Sobre o ponto, *vd.*, em especial, NAHAS, Thereza Christina. Dispensa coletiva e o regime da Lei n. 13.467/2017 – um longo caminho a percorrer. In ARAÚJO, Adriane R. De; D’AMBROSO, Marcelo F. (coord.). *Democracia e*



de um jurista português e europeu, não hesitamos em considerar esta norma como uma das mais infelizes da reforma trabalhista brasileira. Uma norma flexibilizadora no mau sentido da palavra, no sentido de norma que alarga exponencialmente os poderes patronais e desconsidera os interesses legítimos dos trabalhadores atingidos por um despedimento coletivo, aos quais não é dada, minimamente, a palavra, nem sequer uma palavra prévia³⁹. E, seguramente, uma das tais normas que revelam, à saciedade, que flexibilizar não significa, ou nem sempre significa, modernizar. Neste caso, o legislador brasileiro distancia-se, ostensivamente, daquilo que tem marcado, há décadas, o direito da União Europeia, o qual sempre se preocupou com o envolvimento procedimental dos trabalhadores afetados por uma “dispensa em massa”, obrigando a entidade empregadora a respeitar exigências de informação e consulta de tais trabalhadores, obrigando aquela, afinal, a dialogar com estes antes de os fulminar com a decisão de despedimento

Porque, repete-se, é apenas disto que se trata e sempre se tratou: não de exigir qualquer espécie de autorização sindical para que o despedimento pudesse ocorrer, não de exigir a celebração de qualquer convenção coletiva ou acordo coletivo entre as partes para esse fim, mas, tão só, a exigência de informação, de consulta prévia, de negociação, de diálogo social no quadro da empresa, como pressuposto legitimador da decisão empresarial de despedimento coletivo. E isto, um adquirido do direito europeu, construído também no plano jurisprudencial brasileiro, sobretudo através da atuação do Tribunal Superior do Trabalho no “caso Embraer”, parece ter sido olímpicamente ignorado, quando não ostensivamente desprezado, pela reforma trabalhista de 2017. Uma reforma flexibilizadora, sim, mas que, ao menos nesta matéria, equivaleu a um claro retrocesso social/civilizacional e a tudo menos uma reforma modernizadora.

Neoliberalismo: o legado da Constituição de 1988 em tempos de crise. Salvador: Juspodium, 2018, p. 227-250, e ROCHA, Cláudio J. da. A dispensa coletiva da reforma trabalhista analisada à luz do direito constitucional e da teoria dos precedentes judiciais. In PORTO, Lorena V. e ROCHA, Cláudio J. da (org.). *Trabalho: Diálogos e Críticas, Homenagem ao Professor Márcio Túlio Viana.* São Paulo: LTR, 2018, p. 141-151.

³⁹ Em sentido próximo, considerando que o objetivo da norma é o de “impulsionar, desproporcionalmente, o poder unilateral do empregador no mundo do trabalho” e concluindo pela inconstitucionalidade do novo preceito, DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 1328-1330.



Isto, claro, a não ser que se conclua, acompanhando João Batista Brito Pereira⁴⁰, que os termos do novo art. 477-A da CLT não contrariam o pressuposto da negociação coletiva (não de autorização prévia sindical nem de efetiva contratação coletiva) para a licitude da dispensa coletiva. Aliás, também Augusto César Leite de Carvalho⁴¹ aponta a deficiente redação da norma, que se revela:

[...] aparentemente desconectada, pois a consulta ao sindicato não serve para que este autorize a dispensa e, ainda, o que a jurisprudência está a entender exigível não é a celebração de acordo ou convenção coletiva, mas sim a predisposição para a negociação coletiva (sobre o modo e os efeitos de operar-se a dispensa em massa) que pode, ou não, resultar em acordo coletivo de trabalho.

Se assim for, então talvez possa chegar-se à conclusão de que a nova norma, constante do art. 477-A da CLT, tem tanto de mal-intencionada como de mal redigida, revelando-se, afinal, inócua, visto que, em rigor, nunca ninguém antes condicionou a validade da dispensa coletiva à prévia autorização sindical ou à efetiva celebração de uma convenção coletiva para esse efeito. E, se assim for, talvez a jurisprudência antes firmada, que exigia a prévia informação, consulta e negociação com os trabalhadores e seus representantes, possa resistir à reforma trabalhista – a qual, neste ponto, se teria então revelado um autêntico “tiro de pólvora seca”. A ver vamos...

REFERÊNCIAS

AMADO, João L. *A Cessação do Contrato de Trabalho: Uma Perspectiva Luso-Brasileira*. São Paulo: LTr, 2017.

⁴⁰ PEREIRA, João Batista B. A negociação coletiva como pressuposto da dispensa coletiva. In ARRUDA, Kátia Magalhães Arruda; ARANTES, Delaíde A. M. (org.). *A Centralidade do Trabalho e os Rumos da Legislação Trabalhista: Homenagem ao Ministro João Oreste Dalazen*. São Paulo: LTr, 2018, p. 145-158.

⁴¹ CARVALHO, Augusto C. L. de. *Direito do Trabalho, Curso e Discurso*, cit., p. 454. Em sentido próximo, sublinhando que a autorização do sindicato jamais foi exigida e que a norma deve ser interpretada como requerendo prévia negociação (ainda que não prévia contratação) coletiva, para que a dispensa seja lícita, PORTO, Lorena V.; PEREIRA, Ricardo J. M. de B. A dispensa em massa no contexto da reforma trabalhista. In PIRES, Rosemary de O. et. al. (coord.). *A Reforma Trabalhista na visão dos Magistrados do Trabalho, Procuradores do Trabalho e Advogados Trabalhistas*. Belo Horizonte: RTM, 2019, p. 383-394.



ALMEIDA, Renato Rua de. O regime geral do direito do trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa: estudo comparado entre a legislação brasileira e as legislações portuguesa, espanhola e francesa. Separata da *Revista LTR — Legislação do Trabalho*, mar. de 2007.

_____. Proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15.ª Região*, n.º 40, 2012.

_____. Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa? *Revista LTR*, n. 73, 2009.

BELMONTE, Alexandre Agra. A proteção do emprego na Constituição Federal de 1988: estabilidade, garantias provisórias, proteção geral à despedida arbitrária ou sem justa causa e direitos decorrentes da extinção contratual. *Revista da Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas – ABRAT*, n. 2, 2014.

CARDOSO, Jair A. *A Estabilidade no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

CARVALHO, Augusto C. L. de. *Direito do Trabalho, Curso e Discurso*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018

_____. *Garantia de Indenidade no Brasil*. São Paulo: LTr, 2013

CARVALHO, Orlando de. *Teoria Geral do Direito Civil*, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

CASSAR, Vólia B. *Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: Método, 2017.

COUTINHO, Grijalbo F. e MELO FILHO, Hugo C. A Injuricidade da Dispensa em Massa de Trabalhadoras e Trabalhadores Autorizada pela Lei n.º 13.467/2017. In: FELICIANO, Guilherme G.; TREVISÓ, Marco A. M. T.; FONTES, Saulo T. de C. (Org.). *Reforma Trabalhista: visão, compreensão e crítica*. São Paulo: LTR, 2017.

DELGADO, Gabriela N. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho* 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

EPSTEIN, Richard A. In Defense of the Contract at Will. *University of Chicago Law Review*, vol. 51, 1984.

FELICIANO, Guilherme G. *Curso Crítico de Direito do Trabalho: Teoria Geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Gustavo F. B. *Curso de Direito do Trabalho* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Manual de Direito do Trabalho*. 10. ed. Salvador: Juspodium, Bahia, 2018.



GRAY, Baylos; REY, Pérez. *El Despido o la Violencia del Poder Privado*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

HAZAN, Ellen (coord.). *A Proteção Constitucional Contra a Dispensa Arbitrária ou Sem Justa Causa*. Belo Horizonte: RTM, 2011.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.

LEITE, Carlos Henrique B. A Proteção da Relação Empregatícia no Estado Democrático de Direito. In: REIS, Daniela M.; MELLO, Roberta D. de; COURA, Solange B. de C. (Org.). *Trabalho e Justiça Social: um tributo a Maurício Godinho Delgado*. São Paulo: LTr, 2013.

MAGANO, Octavio Bueno. *Primeiras Lições de Direito do Trabalho*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MANNRICH, Nelson. Dispensa coletiva e negociação coletiva prévia: novas diretrizes. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, n. 19, 2011.

MANUS, Pedro Paulo T.. *Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

_____. *Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINS, Pedro F. *Cessaçã do Contrato de Trabalho*. 4. ed. Cascais: Principia, 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Manual do FGTS*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELO, Jólia L. da R. *Abuso do Direito nas Dispensas sem Justa Causa e Arbitrárias*. Curitiba: Juruá, 2014.

NAHAS, Thereza Christina. Dispensa coletiva e o regime da Lei n. 13.467/2017 – um longo caminho a percorrer. In ARAÚJO, Adriane R. De; D'AMBROSO, Marcelo F. (coord.). *Democracia e Neoliberalismo: o legado da Constituição de 1988 em tempos de crise*. Salvador: Juspodium, 2018.

NASCIMENTO, Amauri M. *Curso de Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, João Batista B. A negociação coletiva como pressuposto da dispensa coletiva. In ARRUDA, Kátia Magalhães Arruda; ARANTES, Delaíde A. M. (org.). *A Centralidade do Trabalho e os Rumos da Legislação Trabalhista: Homenagem ao Ministro João Oreste Dalazen*. São Paulo: LTr, 2018.



PINTO, José Augusto R. *Tratado de Direito Material do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

PORTO, Lorena V.; PEREIRA, Ricardo J. M. de B. A dispensa em massa no contexto da reforma trabalhista. In PIRES, Rosemary de O. et. al. (coord.). *A Reforma Trabalhista na visão dos Magistrados do Trabalho, Procuradores do Trabalho e Advogados Trabalhistas*. Belo Horizonte: RTM, 2019.

ROCHA, Cláudio J. da. A dispensa coletiva da reforma trabalhista analisada à luz do direito constitucional e da teoria dos precedentes judiciais. In PORTO, Lorena V. e ROCHA, Cláudio J. da (org.). *Trabalho: Diálogos e Críticas, Homenagem ao Professor Márcio Túlio Viana*. São Paulo: LTR, 2018.

ROMITA, Arion S. *Despedida Arbitrária e Discriminatória*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Proscrição da Despedida Arbitrária*. São Paulo: LTr, 2011.

SEVERO, Valdete S. *O Dever de Motivação da Despedida na Ordem Jurídico-Constitucional Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Antônio A. da. *Proteção Contra a Dispensa na Nova Constituição*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992.

SOUTO MAIOR, Jorge. *Curso de Direito do Trabalho: A Relação de Emprego*, vol. II. São Paulo: LTr, 2008.

SOUTO MAIOR, Jorge. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT. *Revista LTr*, São Paulo, 2004.

TEIXEIRA, Sérgio T. *Nova Dinâmica da Reintegração Judicial no Emprego*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, Faculdade de Direito do Recife, 2004.

VIANA, Márcio Túlio. *70 anos de CLT: uma história de trabalhadores*. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2013.

_____. *Direito de Resistência* São Paulo: LTr, 1996.

_____. Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção n.º 158 da OIT. *Revista LTr*, vol. 72, 2008.

WANDELLI, Leonardo V.. *Despedida Abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo: LTr, 2004.

