PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LIMITAÇÕES À CESSAÇÃO CONTRATUAL COLETIVA
TRABALHISTA BRASILEIRA

CLÁUDIO JANNOTTI DA ROCHA

Belo Horizonte
2011

CLÁUDIO JANNOTTI DA ROCHA

**LIMITAÇÕES À CESSAÇÃO CONTRATUAL COLETIVA
TRABALHISTA BRASILEIRA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito do Trabalho.

Orientador: Professor Vitor Salino de Moura Eça

Belo Horizonte
2011

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

R6721 Rocha, Cláudio Jannotti da
Limitações à cessação contratual coletiva trabalhista brasileira / Cláudio Jannotti da Rocha. Belo Horizonte, 2011.
144f.

Orientador: Vitor Salino de Moura Eça
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Contrato de trabalho - Quebra. 2. Negociação coletiva de trabalho. 3. Direito comparado. I. Eça, Vitor Salino de Moura. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 331.13

Cláudio Jannotti da Rocha

Limitações à Cessação Contratual Coletiva Trabalhista Brasileira

Dissertação defendida e _____ com média final igual a _____, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Direito do Trabalho, junto à Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Belo Horizonte, 19 de maio de 2011.

Professor Doutor Vitor Salino de Moura Eça (Orientador) - PUC MINAS

Professor Doutor Márcio Túlio Viana - PUC MINAS

Professor Doutor Antônio Álvares da Silva - UFMG

A todos os trabalhadores brasileiros que vivem com o suor do seu sacrifício diário, que o presente trabalho possa contribuir de alguma forma para a melhoria de suas vidas.

HOMENAGENS

Esperei por esse momento muitos anos, então ao invés de seguir o tradicional prefiro fugir um pouco do ordinário e fazer uma homenagem àquelas pessoas que contribuíram para minha formação em Mestre de Direito.

Primeiramente agradeço a DEUS que está presente diariamente em minha vida em todos os sentidos, abençoando e guiando os caminhos que percorro.

E por falar em percurso, as bênçãos em minha vida já começaram antes mesmo do meu nascimento, tendo como pais (Fabiano Ricardo Ayoub da Rocha e Oneida Maria Jannotti da Rocha), ambos de caráter irretocável e com uma fé inimaginável. Assim foi formada minha carga axiológica, com três preceitos: fazer sempre o bem ao próximo, nunca desistir dos meus sonhos e sempre ter fé em Deus (e em mim mesmo).

Nascido e criado por meus pais em Vitória-ES, até o ano de 2006, quando passei a residir em Belo Horizonte-MG, umas das cidades mais tradicionais em Direito no Brasil, foi quando minha vida tomou um outro rumo, passando a conhecer pessoas que iluminaram meu caminho e minha vida.

Minha vontade de estudar me conduziu voluntariamente até a UFMG, passando a ser ouvinte (até a presente data) nas aulas de pós graduação do único e brilhante Professor Antonio Álvares da Silva, quando conheci o Professor Carlos Augusto Junqueira Henrique, uma pessoa reservada, séria e plenamente comprometida com a Justiça e com a Academia, que mais tarde se tornaria nada menos que meu segundo pai, sempre me ofertando carinho e ensinamentos imensuráveis.

Posteriormente conheci uma outra pessoa que também se tornaria essencial para minha evolução (tanto acadêmica, como pessoal). Essa é fisicamente pequena, mas sua alma, seu coração e sua coragem são gigantes. Trata-se do Professor Márcio Túlio Viana, que com seu método singular de lecionar me ensinou a olhar o trabalho sob a ótica humanista e de inclusão social.

E o tempo ainda se encarregou de me apresentar o meu estimado orientador, Professor Vitor Salino de Moura Eça, que fecharia o meu quadrado mágico, contribuindo efetivamente para a realização deste trabalho, me dando total dedicação, conhecimento, zelo e segurança.

Agradeço também aos Professores Luiz Otávio Linhares Renault, Lorena Vasconcelos Porto, Jorge Luiz Souto Maior e Maria Cecília Máximo Teodoro pelos ensinamentos, e aos meus amigos da Gracie Barra Draculino Jiu Jitsu.

RESUMO

Este trabalho é apresentado sob a forma de dissertação, tratando-se de pesquisa essencialmente do tipo jurídico-sociológico. Objetiva, em linhas gerais, fazer um estudo acerca dos limites que devem ser estabelecidos à cessação contratual coletiva trabalhista brasileira, a partir da constatação de que há entre nós omissão legislativa que deixa tanto de conceituar, como de regulamentar a cessação contratual coletiva trabalhista, o que fez com que houvesse uma investigação no direito estrangeiro diante da União Européia, da Organização Internacional do Trabalho e em países como Alemanha, Itália, Espanha, Portugal, Argentina e México, daí porque a conveniência deste trabalho. Após a análise estrangeira quanto ao conceito e ao procedimento a ser adotado diante de uma cessação contratual coletiva trabalhista, será estudado como que essas normas podem contribuir para o Direito do Trabalho Brasileiro no julgamento de uma lide, vez que, o art. 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho, permite à Justiça do Trabalho em caso de omissão normativa recorrer ao estudo comparado. Na seqüência será apresentado tanto o conceito de uma cessação contratual coletiva brasileira como os limites que devem ser determinados a esta modalidade de rompimento contratual, que até a presente data é pouco estudado pela doutrina brasileira, deixado assim de ofertar aos aplicadores do direito trabalhista um campo de pesquisa e análise sobre o presente tema que por seu turno possui uma grande relevância social.

Palavras-chave: Valorização ao trabalho. Estudo comparado. Rompimento contratual. Conceito e regulamentação. Limites à cessação contratual coletiva.

ABSTRACT

The current study is presented in a dissertation format and deals mainly with the legal-sociological type of research. Objective, in general, do a study on the limits should be established to the collective labor contract termination Brazilian, from the observation that between legislative omission that leaves us both to conceptualize, how to regulate the collective labor contract termination, which meant that there was an investigation into foreign law before the European Union, the International Labour Organization and in countries like Germany, Italy, Spain, Portugal, Argentina and Mexico, which is why the convenience this work. After examining how foreign the concept and procedure to be adopted before a collective labor contract termination, will be studied as such standards can contribute to the Brazilian Labor Law in the trial of a deal, since the art. 8, the Consolidation of Labor Laws, allows the Labour Court in case of default resort to normative comparative study. Following will be presented both the concept of a Brazilian collective contract termination and the limits to be determined to break this type of contract, which to date has been little studied by the Brazilian doctrine, so let the offering to investors a field of labor law research and analysis on this theme, which in turn has a great social relevance

Key-words: Valuing the work. Comparative Study. Breach of contract. Definition and regulation. Limits on collective contract termination.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O TRABALHO E SUA IMPORTÂNCIA TANTO PARA O SER HUMANO COMO PARA SOCIEDADE	11
2.1 O trabalho no comunismo primitivo.....	12
2.2 O trabalho na escravidão	15
2.3 O trabalho no feudalismo.....	18
2.4 O trabalho no capitalismo	23
3 DO CONTRATO	55
3.1 Do contrato de trabalho.....	61
4 A PROTEÇÃO JURÍDICA E O INCENTIVO OFERTADO AO EMPREGO.....	65
5 O PROBLEMA CONCEITUAL DO ROMPIMENTO CONTRATUAL TRABALHISTA ...	70
5.1 A correta nomenclatura.....	70
6 O TRATAMENTO OFERTADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À CESSAÇÃO CONTRATUAL INDIVIDUAL TRABALHISTA.....	73
6.1 Espécies de cessação contratual trabalhista	73
6.2 Subespécies de cessação contratual trabalhista	75
6.2.1 <i>Subespécies lícitas de cessação contratual trabalhista</i>	75
6.2.1.1 Cessação contratual motivada (justa causa).....	75
6.2.2 <i>Culpa recíproca</i>	86
6.2.3 <i>Informe de demissão do empregado</i>	87
6.2.4 <i>Extinção da empresa</i>	88
6.2.5 <i>Por morte do empregado ou do empregador pessoa física</i>	90
6.2.6 <i>Distrato</i>	91
6.3 Subespécie ilícita de cessação contratual trabalhista.....	92
6.3.1 <i>Cessação contratual arbitrária ou sem justa causa</i>	92
7 O TRATAMENTO OFERTADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À CESSAÇÃO CONTRATUAL COLETIVA TRABALHISTA	98
8 O TRATAMENTO JURÍDICO OFERTADO PELA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA À CESSAÇÃO CONTRATUAL COLETIVA TRABALHISTA	102
8.1 União Européia.....	102
8.1.1 <i>Diretiva n. 75/129/CEE</i>	103
8.1.2 <i>Diretiva n. 92/56/CEE</i>	105
8.1.3 <i>Diretiva n. 98/59/CEE</i>	106
8.2 Alemanha.....	107
8.2.1 <i>Requisitos para cessação contratual coletiva na Alemanha</i>	108
8.2.2 <i>Do procedimento da cessação contratual coletiva alemã</i>	109

8.3 Espanha.....	112
8.3.1 <i>Requisitos da cessação contratual coletiva na Espanha.....</i>	112
8.3.2 <i>Do procedimento da cessação contratual coletiva espanhola.....</i>	113
8.4 Itália	117
8.4.1 <i>Requisitos da cessação contratual coletiva na Itália</i>	118
8.4.2 <i>Do procedimento da cessação contratual coletiva italiana</i>	120
8.5 Portugal	122
8.5.1 <i>Requisitos da cessação contratual coletiva em Portugal</i>	122
8.5.2 <i>Do procedimento da cessação contratual coletiva portuguesa</i>	123
8.6 Outros países europeus	129
8.7 Argentina	130
8.7.1 <i>Requisitos para a cessação contratual coletiva na Argentina.....</i>	130
8.7.2 <i>Do procedimento da cessação contratual coletiva argentina</i>	131
8.8 México	132
8.9 Organização Internacional do Trabalho	133
9 CONCLUSÃO.....	136
REFERÊNCIAS	140

1 INTRODUÇÃO

O trabalho acompanhou tanto o ser humano ao longo de sua evolução, como a sociedade em sua formação, desde os tempos da pré-história, no dito comunismo primitivo, até a presente data, no sistema capitalista de produção, que por seu turno prescinde da mão de obra assalariada para sua manutenção.

No Brasil, atualmente o trabalho é valorizado em nível constitucional, com destaque para os artigos: 1º, IV (um dos fundamentos da República); 7º ao 10º (direitos sociais trabalhistas); 170, VIII (ordem econômica) e 193 (ordem social). Especificamente quanto à relação de emprego, o art. 7º constitucionaliza o que há de mais importante na Consolidação das Leis do Trabalho.

Muito embora o trabalho tenha recebido o tratamento *supra* mencionado, o ordenamento jurídico brasileiro não regulamenta a cessação contratual coletiva trabalhista, tratando somente da cessação contratual individual, no inciso I, do art. 7º, da Carta Magna, sendo que a arbitrária ou sem justa causa é vedada, sob pena de indenização e outros direitos.

Aos brasileiros não é ofertada qualquer proteção jurídica contra a cessação contratual coletiva, que por seu turno possui uma dimensão muito maior do que a individual.

Os efeitos (maléficos) causados por uma cessação contratual coletiva, não são somente de ordem individual e sim social, atingindo a sociedade em si. Tanto é assim que na Alemanha, a regulamentação de tal modalidade de cessação contratual está inserida no capítulo de Direito Social, enquanto que a individual é prevista no Direito Individual do Trabalho.

Inobstante o ordenamento jurídico brasileiro seja omissivo na regulamentação específica da cessação contratual coletiva, o mesmo permite à Justiça do Trabalho (que havendo omissão normativa) recorrer ao direito comparado para julgar uma lide. O uso do direito comparado (para o preenchimento desta lacuna normativa) torna-se imperioso tendo em vista, o art. 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988, que prevê a indeclinabilidade do Poder Judiciário.

Importante destacar também a ausência no Brasil de obras jurídicas analisando a cessação contratual coletiva, deixando assim de ofertar aos aplicadores do Direito (advogados, procuradores do trabalho, juízes, estudantes e

outras profissões) um estudo específico e comparado deste tema de grande relevância social.

Sendo assim, esse trabalho fará uma análise da regulamentação da cessação contratual coletiva em diversos países, como Alemanha, Itália, Espanha, Portugal, Argentina e México, para então, ser iniciado um suporte doutrinário para o Direito do Trabalho nacional, ofertando um conceito da cessação contratual coletiva brasileira, bem como, o procedimento a ser obedecido pelos empregadores e os direitos dos trabalhadores.

2 O TRABALHO E SUA IMPORTÂNCIA TANTO PARA O SER HUMANO COMO PARA SOCIEDADE

O ser humano e o trabalho podem ser considerados faces da mesma moeda, um dependendo do outro para sua realização.

Hegel entendia que o trabalho possui um papel tão importante na vida do ser humano, que poderia ser considerado o mediador entre o Homem e o mundo¹.

Para Santo Agostinho, o trabalho junto com a reza, deveriam ser as atividades gloriosas de todos os cristãos².

Luiz Otávio Linhares Renault ensina:

Desde os primórdios da humanidade até a época atual, o trabalho tem sido condição *sine qua non* para a sobrevivência e para o crescimento moral, espiritual, religioso, intelectual, cultural, científico e material do homem³.

Feitas as considerações quanto à importância do trabalho para o ser humano, torna-se necessário, conceituar o que seria o trabalho.

Karl Marx lecionava que existe trabalho quando o homem age de forma intencional em uma atividade determinada para chegar a algum fim, ou seja, o homem agindo racionalmente e consciente, transforma a natureza para determinado objetivo⁴.

Para Arnaldo Süssekind, o trabalho “é toda energia humana física ou intelectual, empregada com um fim produtivo⁵”.

Pontes de Miranda leciona:

Em sentido amplo, trabalho é qualquer espécie de atividade humana, que tenha finalidade produtiva. Quem apanha as frutas do jardim, ou do quintal, ou do sítio, ou da fazenda, trabalha. Não importa para quem sejam as frutas. Quem escreve romance, conto, poesia, ou faz cálculos matemáticos ou lógicos, por deleite, ou para publicar, trabalha. Quem arruma os livros da

¹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **A razão na história**. São Paulo: Editora Centauro, 2010, *passim*.

² SANTO AGOSTINHO. **O livre arbítrio**. São Paulo: Editora Paulus, 2002, *passim*.

³ RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Que é isto – o direito do trabalho. *In*: PIMENTA, José Roberto Freire *et al.* (Coords.). **Direito do Trabalho: evolução, crise, perspectiva**. São Paulo: LTr, 2004, p. 46.

⁴ MARX, Karl Heinrich. **Os manuscritos econômicos-filosóficos**. Tradução de Jesus Ranieri. São Paulo: Editora Boitempo, 2004, *passim*.

⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 03.

biblioteca, ou as garrafas da adega, ou passa ferro à própria roupa, trabalha. Uma vez que há melhora ou intenção de melhoria material ou espiritual, a atividade é trabalho⁶.

Assim como o trabalho tem importância crucial para o desenvolvimento do ser humano, é de suma relevância também para a formação da sociedade. Conforme Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena: “A própria organização social, a neo-organização insuflada por princípios solidaristas, em classes ou grupamentos associativos, entende-se com os processos seletivos de *racionalização do trabalho*”⁷.

A importância do trabalho para a sociedade é tamanha, que leciona Antonio Álvares da Silva “Na mesma proporção em que o trabalho é um bem, a ausência do trabalho é um dos piores males da sociedade”⁸.

Quanto à falta do trabalho para o ser humano, sintetiza Luiz Otávio Linhares Renault: “Se por um lado, explorar o trabalho do homem é açoitar o seu corpo, de outro lado não lhe dar trabalho é açoitar sua alma, é degenerar os seus valores morais”⁹.

Fazendo um estudo sobre a evolução da humanidade, Karl Marx identificou quatro sistemas econômicos/modos de produção a partir do trabalho realizado: o comunismo primitivo, o escravismo, o feudalismo e o capitalismo.

2.1 O trabalho no comunismo primitivo

O período do comunismo primitivo iniciou-se na pré-história, na era cenozóica, quando ocorreu o surgimento da vida humana sobre a Terra, formação das sociedades até o aparecimento do Estado¹⁰.

⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984. v. 47, p. 78.

⁷ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego, estrutura legal e supostos**. São Paulo: LTr, 2005, p. 22.

⁸ SILVA, Antonio Álvares da. Dispensa coletiva e seu controle pelo poder judiciário. **Revista LTr**, 73, n. 06, p. 651-653, 2009, p. 651.

⁹ RENAULT, Que é isto... In: PIMENTA, **Direito do Trabalho**:..., p. 47.

¹⁰ MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista 1848**. COGGIOLA, Osvaldo (Coord.). São Paulo: Editora Boitempo, 2002, *passim*.

O comunismo primitivo ficou marcado pela ausência da propriedade privada, quando tudo era de todos e o trabalho era feito de forma coletiva, bem como a repartição dos resultados. Conforme ilustra Lorena Vasconcelos Porto: “a propriedade de tais meios (terras, utensílios, ferramentas) pertencia a toda a sociedade, todos os seus membros trabalhavam e tinham acesso aos frutos produzidos¹¹”.

Esse modelo de produção não fazia uso da opressão das classes pobres pelas classes mais poderosas, vez que, inexistia a idéia de classes sociais neste momento histórico.

Neste período os homens eram nômades e andavam a procura de alimentos. Descobriram e passaram a dominar o fogo. Possuíam uma linguagem rudimentar e desenvolveram as primeiras práticas de magia (devido à descoberta do fogo).

Quanto à vida humana nesta época, leciona Geoffrey Blainey:

Não raro, as pessoas desse mundo nômade devem ter vivido uma terrível incerteza. Estavam à mercê as estações climáticas, pois não armazenavam grãos, nozes ou outros alimentos com os quais pudessem enfrentar a fase inicial de um período de escassez. Os abrigos, em sua maioria, eram frágeis. Em algumas regiões, humanos viviam lado a lado com tigres, leões, ursos, panteras, elefantes e outros animais de grande força e ferocidade. Era comum que a morte chegasse de maneira repentina e misteriosa. Essas pessoas deviam ansiar por segurança e consolação. Começaram, então, a criar religiões e objetos de devoção e homenagem, assim como representações do mundo a seu redor¹².

Demonstra ainda o mesmo autor:

A linguagem falada adquiria mais palavras e maior precisão, e as belas-artes começavam a surgir. Tanto as artes quanto a comunicação por meio da fala de baseavam no uso de símbolos que podem ser detectados pela audição ou pela visão. A capacidade de inventar símbolos e de reconhecê-los foi resultado do lento desenvolvimento do cérebro; talvez o aperfeiçoamento da laringe humana também tenha ajudado a expressar esses símbolos sob forma de sons¹³.

¹¹ PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de emprego**: desconstrução, reconstrução e universalização do conceito jurídico. 2009. Dissertação (Mestrado) – Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009, f. 22.

¹² BLAINEY, Geoffrey. **Uma breve história do mundo**. São Paulo: Editora Fundamento Educacional, 2010, p. 13.

¹³ BLAINEY, **Uma breve história do mundo**, p. 12.

Com o passar do tempo e pela necessidade (devido ao resfriamento intenso do planeta), os homens passaram a morar nas cavernas e a caçar animais de grande porte, fazendo uso de armadilhas e lanças.

Quanto a tais práticas, ilustra Arnaldo Sússekind:

Na fase inicial da pré-história, com o objetivo de alimentar-se, defender-se e abrigar-se do frio e das intempéries; no período paleolítico, ele produziu lanças, machados e outros instrumentos, com os quais ampliou sua capacidade de defesa e sua instintiva agressividade¹⁴

Os homens desenhavam nas paredes rochosas nas cavernas. Essa arte atualmente é identificada como *rupestre*. Para pintar nessas rochas, era necessário produzir suas próprias tintas misturando terra com carvão, sangue e gorduras de animais. Dentre as pinturas *rupestres* destacam-se as chamadas *mãos em negativo* e os desenhos e pinturas de animais.

Os desenhos deixados nas paredes, com o decorrer do tempo, passam a ser denominados de ideogramas.

É desconhecido o motivo pelo qual os homens pré-históricos desenhavam nas paredes das cavernas. A corrente predominante, entende que esses desenhos eram feitos por caçadores. Como num sentido mágico, eles acreditavam que poderiam interferir na captura de um animal desenhando-o ferido na parede, podendo dessa forma, dominá-lo com facilidade. Esse “pensamento mágico”, dito primitivo, pode ser comparado, ao “pensamento infantil” freudiano, o qual as fantasias são a realidade psíquica predominante, os símbolos representam valores diferenciais, manipuláveis de acordo com o desejo.

Sigmund Freud realiza uma elaboração extensa a respeito do “pensamento mágico” e comunismo primitivo, lecionando:

Apenas até este momento histórico o homem não era psicicamente doente, pois, para ele, sob certo aspecto somente o homem primitivo pode ser considerado como “sadio”. Satisfaz a todas as exigências dos instintos sem necessidade de repressão, frustração ou sublimação¹⁵.

¹⁴ SÜSSEKIND, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 3

¹⁵ FREUD, Sigmund. *Apud* FROMM, Erick. **Meu encontro com Marx e Freud**. 7. ed. São Paulo: Zahar Editores, 1962, p. 64.

Ainda na pré-história, o homem desenvolveu técnicas como a tecelagem, a cerâmica e a construção de moradias. Além disso, como já produzia fogo, começou a trabalhar na fundição de metais. Posteriormente o homem passou a controlar a natureza, com isso, fixou-se definitivamente em um local, adaptando-se às suas necessidades (não sendo mais nômade).

Cabe ainda destacar, que ocorreu também uma melhora no contato do homem com os animais e com as plantas. Neste período, surge a escrita, e com isso os homens passam a se comunicar e organizarem dando origem as sociedades e posteriormente aos Estados, quando ocorre o fim do período pré-histórico.

Urge salientar, que durante o comunismo primitivo surgiu de forma incipiente à apropriação do trabalho alheio¹⁶, quando a tribo vencedora ao invés de matar os integrantes da tribo perdedora, passou a colocá-los para trabalharem como escravos. Assim ensina Arnaldo Süssekind:

A necessidade de agrupamento impôs a formação de pequenas tribos, que lutavam entre si. A princípio, os prisioneiros eram mortos e comidos; depois, porque a caça, a pesca e, mais tarde, a agricultura abasteciam os componentes dos grupos, os derrotados passavam à condição de escravos para execução dos serviços mais penosos. Surgia, assim, o trabalho em favor de terceiros, objeto de um ramo do Direito cuja autonomia viria a ocorrer somente na época contemporânea. Mas, no curso da história, essa prestação de serviços tomou diversas formas, gerando importantes instituições jurídicas, com remarcados reflexos econômicos, sociais e políticos¹⁷.

Com o surgimento do Estado, o comunismo primitivo deixa de existir, bem como, a pré-história, dando origem a um novo sistema: o da escravidão.

2.2 O trabalho na escravidão

Encerrada a pré-história, surge a Antiguidade (4000 a.C a 476 d.C), quando a figura do Estado foi constituída. Neste momento histórico surge também a escravidão, um sistema de produção caracterizado tanto pela apropriação dos meios

¹⁶ Entende-se por trabalho por conta alheia quando os frutos do trabalho são transferidos no momento em que são produzidos, quer seja, não permanecem com aquele que produziu.

¹⁷ SÜSSEKIND, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 3.

de produção, como dos frutos advindos do trabalho por uma determinada classe: os senhores.

Os sujeitos dessa nova relação são: os escravos (classe trabalhadora) e os senhores (detentores dos meios de produção e dos frutos advindos do trabalho).

A prática de dominação iniciada no comunismo primitivo continuou neste sistema, quer seja, durante os combates travados entre as tribos e/ou grupos, a parte vencedora, percebeu que ao invés de matar os prisioneiros, era mais racional, escravizá-los para gozar de seu trabalho. Quanto a tal prática, demonstra Geoffrey Blainey:

E muitas partes do mundo, era quase uma regra de guerra que os prisioneiros fossem mortos ou escravizados. Com as guerras freqüentes, o número de cativos aumentava a cada século – mas era melhor ser escravo do que virar cadáver¹⁸.

Com o passar do tempo, os senhores que passaram a acumular um grande número de escravos, passaram a vendê-los, trocá-los ou alugá-los à sua revelia. Ou seja, os escravos viraram moedas.

O escravo era considerado uma coisa, constituindo o patrimônio dos seus, proprietários, sendo que os frutos produzidos pelo seu trabalho pertenciam ao senhor e não a si.

Quanto ao escravo, leciona Alice Monteiro de Barros:

A difusão do trabalho escravo na Antigüidade, sobretudo entre os gregos e romanos, associada à concepção do trabalho como mercadoria são fatores responsáveis pela inclusão dessa relação laboral no contexto da propriedade. O escravo assemelhava-se a uma coisa que pertencia ao amo ou senhor, a partir do momento em que entrava no seu domínio, portanto, não poderia prestar o consentimento contratual e, conseqüentemente, contrair obrigações. O escravo era destituído do direito à vida e ao tratamento digno, embora estivesse o amo sujeito a sanções penais se o matasse sem causa¹⁹.

Nesta época o trabalho manual, era vinculado ao castigo, fazendo *jus* a sua etimologia, que do latim *tripalium*, por alguns autores traduzida como antigo instrumento de tortura e por outros como máquina para debulhar o milho, uma

¹⁸ BLAINEY, **Uma breve história do mundo**, p. 248.

¹⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008, p. 55.

espécie de arado. Essa modalidade de trabalho que via de regra era realizado pelos escravos, que também realizavam outras atividades como as intelectuais.

Dentre os países que fizeram uso do sistema de escravidão, destaque para Grécia, Egito e Itália, onde tomou enormes dimensões. Sintetiza Segadas Vianna:

Na Grécia havia fábricas de flautas, de facas, de ferramentas agrícolas e de móveis, onde o operariado era todo composto de escravos. Em Roma os grandes senhores tinham escravos de várias classes, desde os pastores até gladiadores, músicos e poeta²⁰.

Quanto à escravidão leciona Geoffrey Blainey:

Os escravos eram comuns nas cidades-estado gregas. Em terras que Roma governava, eram vistos aos milhares, espalhados pelas propriedades rurais. Cada um deles era, na verdade, uma picareta, um machado ou uma pá extra, um par de mãos a mais na época da colheita, nas equipes de construção e reparo de estradas ou na cozinha das casas. Desde que produzissem mais do que comiam, representavam um recurso importante²¹.

O escravo era despossuído de qualquer tratamento jurídico, não sendo considerado pessoa, vez que, faltava-lhe o reconhecimento como tal, podendo ser comprado e vendido sem ser consultado. Era visto e tratado como um objeto, mercadoria, que pertencia ao patrimônio do senhor.

Devido ao fato do escravo pertencer ao acervo do senhor, este tinha interesse em cuidar bem daqueles, prezando pela sua saúde e moradia.

O senhor não podia matar um escravo sem justo motivo. Em troca do seu labor, o escravo, recebia alimentação e vestuários suficientes para sobrevivência.

A relação senhor e escravo foi muito bem demonstrada por Hegel, ilustrando que o escravo reconhecia o Senhor como sujeito, mas o Senhor não reconhecia o escravo como sujeito, portanto, o escravo não tinha consciência de si, assumindo uma posição de objeto (coisa)²².

Fazia parte da cultura desta época, os senhores libertarem alguns escravos em dias festivos, comemorativos, ou, quando estes prestavam algum serviço de

²⁰ VIANNA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2003. v.1, p. 27.

²¹ BLAINEY, **Uma breve história do mundo**, p. 248.

²² HEGEL, **A razão na história**, *passim*.

grande importância com êxito (como forma de reconhecimento). Esses escravos que ganhavam a liberdade passaram então a alugar sua mão de obra mediante pagamento. Aliás, este era o único direito que lhes restara, pois (mesmo com a sua libertação), continuava ser considerado coisa (e não pessoa), por isso, despossuído de qualquer direito.

Cabe destacar que mesmo com a prevalência do trabalho escravo neste momento histórico, o trabalho autônomo não foi totalmente excluído, havendo a classe dos artesãos e os artífices (que posteriormente criariam as Corporações de Artes e Ofício), conforme demonstrado por Arnaldo Süsskind:

A prevalência dos regimes da escravidão e, em menor escala, o da servidão não excluiu, na antiguidade o trabalho autônomo dos artesãos e a contratação da prestação de serviços dos artífices. Aliás, o Código de Hammurabi, adotado da Babilônia no século XXI a.C., dispôs sobre condições para a prestação do trabalho livre, inclusive salário, regulamentou o trabalho em várias profissões, tratou a aprendizagem etc. Muito mais tarde, as hetairidas gregas e os *collegia* romanos reuniram trabalhadores livres, com finalidades sobre as quais perdura ampla controvérsia: cooperativas de trabalho ou associações assistenciais²³.

O Império Romano, foi o último grande império ocidental caracterizado pelo regime escravocrata e teve sua derrocada no século V d. C. Essa queda ocorreu principalmente por dois motivos: a invasão dos bárbaros e a péssima política econômica dos imperadores romanos. Surge então o sistema feudalista, pautado por uma nova relação: a servidão.

2.3 O trabalho no feudalismo

Com a queda do Império Romano, encerra-se a Antigüidade, surgindo a Idade Média (476 a 1453 d.C). Neste período o sistema preponderante será o feudalismo, pautado pela existência de uma nova classe trabalhadora: os servos (colonos).

Os servos substituíram os antigos trabalhadores, quer seja, os escravos.

²³ SÜSSEKIND, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 6.

Quanto à diferença entre o escravo e o servo, leciona Arnaldo Süssekind: “a evolução foi sutil: o escravo era coisa, de propriedade do seu amo; o colono era pessoa, pertencente à terra²⁴”.

A sociedade nesta época era composta pelos reis (donos das terras), que concediam a posse dos feudos aos nobres (senhores feudais), que por sua vez tinham os servos que trabalhavam nos feudos. Havia ainda o clero, que tinha como função oficial rezar.

Cabia ao clero manter a sociedade em ordem, evitando por meio de ensinamentos religiosos as revoluções e revoltas.

A relação entre os reis e os senhores feudais (nobres), recebeu o nome de vassalagem. Os reis concediam a posse das terras aos senhores feudais, que por sua vez, lhes devia proteção militar.

Os senhores feudais, tinham a função de guerrear e proteger os feudos (tantos os reis como os servos) das invasões.

Os servos para receber a posse da terra e proteção militar dos senhores feudais, trabalhavam para estes entregando-lhes os produtos advindos da terra e pagando-lhes os devidos tributos (os mais conhecidos são: corvéia, talha, banalidade, capitação e mão morta).

Os servos, não eram reconhecidos como escravos, mas, de fato, não eram livres, vez que estavam ligados a terra em que se encontravam e seguiam a sorte desta. O servo não dispunha de sua liberdade, estando sujeito a severas restrições, inclusive de deslocamento.

As relações sociais no feudalismo eram regidas pelos costumes e tradições do feudo. O servo não era separado de sua família ou da sua terra. Quando o rei transferia a posse do feudo, o senhor feudal e o servo eram com ela transferidos, passando a se submeter ao novo senhor.

O feudo era dividido três partes distintas: o manso senhorial ou domínio, que era a propriedade individual do senhor, em seu interior era encontrado um castelo fortificado; o manso servil, que correspondia à porção de terras arrendadas aos camponeses e era dividido em lotes denominados tenências; e ainda o manso comunal, constituído por terras coletivas, – pastos e bosques –, usadas tanto pelo senhor quanto pelos servos.

²⁴ SÜSSEKIND, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 7.

A relação entre os feudos era pautada pela troca de mercadorias, tendo em vista que a técnica da subsistência era o que preponderava. Ou seja, cada feudo plantava especificamente determinados alimentos e somente o necessário, tanto para seu consumo, como para troca com outros feudos.

Por volta do século XII, surgem às Corporações de Artes e Ofício, verdadeiros núcleos de produção²⁵, liderados pelos artesões e artífices do escravismo. Essas Corporações eram formadas pelos mestres, os companheiros (trabalhadores) e aprendizes. No início, os aprendizes podiam se tornar mestres, desde que executassem um trabalho perfeito, uma *obra-prima*. Mais tarde, só os filhos de mestres ou os companheiros que pagassem altas taxas conseguiam alcançar a maestria.

Quanto as Corporações de Artes e Ofício, leciona Alice Monteiro de Barros:

A preocupação dominante nas corporações, sobretudo na França, no século XII, refletida nos seus estatutos, era assegurar a lealdade da fabricação e a excelência das mercadorias vendidas. No setor industrial da tecelagem e da alimentação havia rigorosa fiscalização da matéria-prima e da qualidade dos produtos. O mestre não podia recrutar operários de outras corporações, tampouco lançá-las ao descrédito. Na Inglaterra, as corporações monopolizavam a profissão tanto na indústria como no comércio, pois quem não pertencesse a uma corporação não poderia exercer as atividades no perímetro urbano. Essa tendência monopolizadora agrava-se em face dos limites impostos ao número de aprendizes, do alongamento da duração do aprendizado e da vedação do trabalho do artesão estrangeiro²⁶.

Importante destacar que muito embora os companheiros não fossem escravos ou servos, também não eram livres de fato. Os companheiros estavam ligados a contratos rígidos, que não eram considerados locação de trabalho, permanecendo ligados pessoalmente ao detentor dos meios de produção, quer seja, ao mestre, que determinava inclusive até mesmo aonde iriam morar os companheiros, conforme lição de Segadas Viana: “É que, senhor da disciplina, não só profissional, mas também pessoa do trabalhador, surgia a figura do mestre²⁷”

Quanto a figura do mestre, ilustra ainda o mesmo autor:

Tinha ele, sob suas ordens não apenas os aprendizes, pois lhe estavam subordinados trabalhadores, mediante rigorosos contratos de trabalho nos

²⁵ As Corporações de Artes e Ofício eram também conhecidas como *Associações de Artes e Mistérios* e se desenvolveram com maior destaque na França, Espanha, Alemanha e Inglaterra.

²⁶ BARROS, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 59.

²⁷ VIANNA, **Instituições de Direito do Trabalho**, v.1, p. 31

quais o motivo não era simplesmente a “locação do trabalho”, pois se submetiam às determinações do “mestre” até mesmo quanto ao direito de mudança de domicílio. Em troca, além do salário, tinham a proteção de socorros em casos de doença e lhe ficava assegurado um verdadeiro monopólio de profissão, já que só podiam exercê-la os que estivessem inscritos na corporação correspondente, e, mais ainda, poderiam um dia vir a ser também “mestres”²⁸.

Neste momento histórico, existiam pequenas cidades esparsas na Europa, denominadas de *burgos*, que geralmente eram habitadas pelos servos e entre elas passou a existir um comércio praticado por nova classe: a burguesia.

Essa nova classe surgiu do comércio das mercadorias produzidas pelas Corporações de Artes e Ofício que ficavam nos *burgos*.

Com o crescimento das Corporações de Artes e Ofício, que passaram a desempenhar um forte papel tanto na sociedade, como na vida e no destino dos companheiros, os reis trataram de intervir nesta relação²⁹.

Pouco a pouco, o modelo artesanal deu lugar à manufatura (Corporações de Artes e Ofício). A mudança ocorrida no trabalho humano, durante o feudalismo, é ilustrada por Segadas Viana:

O homem que, até então, trabalhava em benefício exclusivo do senhor da terra, tirando proveito próprio a alimentação, o vestuário e a habitação, passara a exercer sua atividade, sua profissão, em forma organizada, se bem que ainda não gozando de sua liberdade³⁰.

Com o fim do feudalismo, encerra-se a Idade Média e surge a Idade Moderna (1453 a 1789 d. C).

A Idade Moderna foi inicialmente pautada pelo Estado Absolutista, quando os poderes políticos e econômicos se concentravam na realeza.

Neste momento o homem evoluiu cientificamente fazendo grandes descobertas, conforme leciona Geoffrey Blainey:

A revolução científica promoveu um avanço maravilhoso no modo de ver o mundo. Antes de 1555, o trabalhador especializado em metais foi

²⁸ VIANNA, **Instituições de Direito do Trabalho**, v.1, p. 31.

²⁹ É o que se constata na Espanha, nas Cortes de Valladolid em 1351, quando foi fixada a jornada de trabalho de sol a sol com períodos de descanso para alimentação, assegurava a liberdade de qualquer pessoa ensinar ofício; Corte de Toro, quando declarou que todos os ofícios são legítimos, proibiu o penhor dos instrumentos de trabalho e extinguiu a prisão do trabalhador por motivo de dívida.

³⁰ VIANNA, **Instituições de Direito do Trabalho**, v.1, p. 31

responsável por inovações como o relógio mecânico e a imprensa. Depois, porém, foi o operário em vidro que abriu o caminho para novos avanços como o microscópio e telescópio. O vidro se tornou o olho transplantado do cientista, permitindo-lhe ver o invisível³¹.

Demonstra ainda o mesmo autor:

O telescópio melhorado de Galileu fez no céu o que Colombo e Magalhães fizeram ao navegar pelos mares: mapear novos mundos. Através de suas lunetas, fabricadas principalmente com vidro de Veneza, Galileu inspecionou a Lua, a qual descreveu como “a visão mais bela e encantadora que existe”. Detectou também o que ninguém havia visto feito antes: as crateras da Lua e sua superfície acidentada. Foi ele quem primeiro identificou as manchas solares e descobriu que a Via Láctea era formada por estrelas³².

Quanto ao papel das mulheres e das crianças nesta conjectura:

Boa parte do serviço rural ficava com as mulheres e crianças: capinar, cuidar dos gansos, carregar água do poço até a casa, enrolar fibras e fazer tecidos, produzir cerveja caseira, sair à procura de ervas que serviam de remédio, catar lenha para o fogão e apanhar esterco para as plantações³³.

O Estado Absolutista foi derrocado pelas revoluções burguesas (ocorridas na Inglaterra³⁴, nos Estados Unidos da América³⁵ e na França³⁶),³⁷ e posteriormente surgiu o Estado Liberal de Direito (final do século XVIII e início do século XIX), pautado pelo sistema capitalista de produção, dando origem a Idade Contemporânea (1789 d. C até a presente data).

Importante registrar que nos séculos XVI, XVII e XVIII surgiu a doutrina jusnaturalista, defendendo a existência de um conjunto de direitos inalienáveis e intocáveis e que não poderiam ser violados ou alterados por ninguém, porquanto

³¹ BLAINEY, **Uma breve história do mundo**, p. 211.

³² BLAINEY, **Uma breve história do mundo**, p. 211.

³³ BLAINEY, **Uma breve história do mundo**, p. 217.

³⁴ A Revolução Inglesa, ocorrida aproximadamente entre 1640-1688, golpeou o absolutismo vivenciado na Inglaterra e criou as bases da democracia parlamentar.

³⁵ A Guerra da Independência dos Estados Unidos, conhecido então como as 13 Colônias, ocorreu em 1776.

³⁶ A Revolução Francesa, pregando o lema igualdade, fraternidade e liberdade, ocorreu em 1789, ligadas as idéias dos filósofos iluministas, proclamando dos direitos do Homem e do Cidadão.

³⁷ Importante destacar a Revolução Religiosa, comandada por Martinho Lutero, ocorrida por volta de 1519, quando dividiu os nobres, os intelectuais e os setores burgueses e populares entre católicos e protestantes, hostis entre si.

que seriam direitos naturais. Estes direitos decorrentes da natureza do homem estariam imunes (protegidos) diante de todos, até mesmo dos Estados.

2.4 O trabalho no capitalismo

O Estado Liberal de Direito, foi o primeiro modelo de estado da Idade Contemporânea, que surgiu da insatisfação da burguesia com a realeza. Essa situação ocorreu porque os interesses dessas classes passaram a ser conflitantes, sendo que enquanto a burguesia não desejava mais a intervenção do Estado no comércio e na econômica, desejando a livre circulação de mercadoria e de capital, o Poder Real alçava a sua manutenção no poder e a intervenção nas práticas da burguesia. Diante deste choque de interesses, ocorrem as revoluções na França e na Inglaterra.

O pensamento capitalista (teoria da acumulação) instalou-se durante a vigência do Estado Liberal de Direito, tendo teóricos, pensadores como John Locke e Adam Smith³⁸. Esse modelo de Estado era fundado na prática do liberalismo econômico e político (pregando a não intervenção estatal nas relações individuais), conhecidos como direitos fundamentais da primeira geração.

Segadas Viana, leciona “o Estado Liberal portava-se como mero espectador, porque, inspirado na fórmula *laissez aller, laissez faire*³⁹”. Ao Estado não era permitido qualquer tipo de intervenção na economia e na vida privada das pessoas.

Gabriela Neves Delgado ilustra:

No curso do Estado Liberal de Direito desenvolveram-se, com predominância, os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade (civis e políticos) que valorizam o homem enquanto indivíduo singular, livre e independente da figura estatal⁴⁰.

³⁸ John Locke é considerado pai do individualismo liberal, sustentava serem ínsitos aos homens os direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade, questões cernes da sociedade civil. Adam Smith defendia o livre comércio, sendo que a mão invisível regularia de forma natural a economia.

³⁹ VIANNA, **Instituições de Direito do Trabalho**, v.1, p. 35.

⁴⁰ DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006, p. 59.

Quanto ao papel da justiça no Estado Liberal, Carlos Henrique Bezerra Leite leciona:

Outra característica do processo no *Estado Liberal* é o conceitualismo, em que todos são tratados em juízo como sujeitos de direito (TícioxCaio), independentemente de suas diferentes condições sociais, econômicas, políticas e morais. De tal arte, crianças e adultos, ricos e pobres, empresários e trabalhadores são, conceitualmente, tratados como iguais. No Brasil, desde o descobrimento até meados do século XX, foram destinatários do direito civil e processo civil os ricos e brancos; para os negros e pobres, direito penal e processo penal. Em consequência, o *Estado Liberal* assegurava apenas o acesso à justiça civil aos ricos e brancos; aos pobres e negros, acesso apenas à justiça penal⁴¹.

Ocorreu neste momento histórico o êxodo rural (pessoas saindo dos burgos para as grandes cidades). Essa situação ocasionou grandes contingentes de trabalhadores livres nas grandes cidades. E foram justamente essas pessoas através da sua liberdade, que passaram a trabalhar juntamente com as máquinas, nas fábricas (criadas com base nas antigas Corporações de Artes e Ofícios), que ensejaram a Primeira Revolução Industrial, ocorrida aproximadamente em 1784, através do aprimoramento da máquina a vapor, com James Watt. Nesse panorama surge a relação de emprego, ensejando o novo sistema de produção: o capitalismo.

Quanto ao desenvolvimento da máquina a vapor, demonstra Geoffrey Blainey:

O vapor, como força motriz, foi usado pela primeira vez com eficácia nas minas da Inglaterra. Em 1689, Thomas Savery aplicou o vapor produzido pelo carvão para fazer funcionar as bombas de uma mina da região da Cornualha. Onze anos depois, um ferreiro de Devon, Thomas Newcomen, construiu uma máquina capaz de realizar o trabalho de um exército de homens ou cavalos. Mas foi o escocês James Watt que acrescentou melhorias fundamentais à máquina a vapor. Seu maravilhoso invento de 1769, o condensador, conseguia produzir cerca de três vezes a quantidade de vapor ou energia gerada por uma tonelada de carvão. Praticamente todos os grandes passos na evolução da máquina a vapor foram dados pelos engenhosos britânicos ao tentarem resolver os problemas práticos que surgiam no dia a dia do trabalho no setor industrial, então em desenvolvimento⁴².

Ilustra ainda o mesmo autor:

Mas a máquina a vapor teve pouco efeito sobre o mundo do comércio até que sua força fosse aplicada ao transporte. O rangido de uma locomotiva a

⁴¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 36

⁴² BLAINEY, **Uma breve história do mundo**, p. 254.

vapor foi ouvido pela primeira vez no norte de Inglaterra, o coração do início da Revolução Industrial. A princípio, a fumaça e os apitos espantaram muitas pessoas e assustaram os cavalos que pastavam nos campos. A velocidade e a força do veículo impressionaram os primeiros passageiros, que mal podiam enxergar através do vapor e da fumaça do carvão⁴³.

O contrato assalariado é criado, neste momento histórico, a partir da liberdade, propiciando a utilização legal da mão de obra abundante. Mas esta liberdade era muito mais aparente que real.

Ensina Segadas Viana:

Em nome da liberdade, que não podia sofrer restrições sob o pretexto da autonomia contratual, abstinha-se uma igualdade jurídica que desaparecia diante da desigualdade econômica⁴⁴.

Restara às pessoas despossuídas de capital tão somente um caminho: a venda de sua força de trabalho em troca do salário, sob pena de morrerem de fome.

Leciona Lorena Vasconcelos Porto:

Com efeito, enquanto que o escravo e o servo tinham consciência de que não eram livres, assim, lutavam pela liberdade, o empregado é convencido de que é livre – quando de fato não é, pois que, despossuído dos meios de produção não têm outra escolha – para não lutar sua liberdade real.⁴⁵

No mesmo sentido demonstra Renato César Cardoso:

O abismo social que separava aqueles que possuíam os meio de produção e aqueles que, por nada possuir além da própria força, transformada em atividade, produtiva, sem viam obrigados a trabalhar para os primeiros, era imenso e a cada dia se alargava mais⁴⁶.

Continua o mesmo autor:

O mundo cindia-se visivelmente em dois: de um lado o mundo cada vez mais próspero dos proprietários capitalistas e do outro, cada vez mais degradante e cruel, o dos destituídos trabalhadores, explorados À exaustão,

⁴³ BLAINEY, **Uma breve história do mundo**, p. 254.

⁴⁴ VIANNA, **Instituições de Direito do Trabalho**, v.1, p. 36.

⁴⁵ PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho**: uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009, p. 25.

⁴⁶ CARDOSO, Renato César. **O trabalho e o direito**: reflexões acerca da evolução histórico-filosófica do trabalho enquanto objeto das relações jurídicas e da sua crise no direito do trabalho na contemporaneidade. 2. ed. Belo Horizonte: RTM, 2010, p. 69.

submetidos à condições que extrapolavam os próprios limites da dignidade humana⁴⁷.

A relação do homem com a natureza muda para o homem com a máquina. Com o surgimento da máquina e sua aplicação na fábrica, foi provocada uma profunda modificação nos métodos de trabalho, e conseqüentemente nas relações intersubjetivas entre patrões e trabalhadores. Com a Primeira Revolução Industrial, surgiu a relação de emprego, espécie do gênero relação de trabalho. Tal fato, inquestionavelmente mudou o mundo de base.

Quanto à mudança ocorrida no trabalho leciona Segadas Viana:

A invenção da máquina e sua aplicação à indústria iriam provocar a revolução nos métodos de trabalho e, conseqüentemente, nas relações entre patrões e trabalhadores; primeiramente a máquina de fiar, o método de *pudlagem* (que permitiu preparar o ferro de modo a transformá-lo em aço), o tear mecânico, a máquina a vapor multiplicando a força de trabalho, tudo isso iria importar na redução da mão-de-obra porque, mesmo com o aparecimento das grandes oficinas e fábricas, para obter determinado resultado na produção não era necessário tão grande número de operários⁴⁸.

O centro produtivo foi deslocado do campo para a cidade, da produção manufatureira, para a indústria. Devido a essa modificação no modo de produção, o trabalhador tornou-se facilmente fungível, substituível, permitindo ao empregador escolher com ampla liberdade quem irá empregar⁴⁹.

Quanto a esta mudança na sociedade ilustra Geoffrey Blainey:

No norte da Inglaterra, especialmente a partir da década de 1780, surgiram cidades industriais repletas de máquinas engenhosas que fiavam e teciam lã ou algodão. Os visitantes de outros países se maravilhavam com o vigor de Manchester, Leeds, Birmingham e dos novos centros industriais, mas se espantavam ao visitar as minas e fábricas e constatar o número de crianças que ali trabalhavam⁵⁰.

E o que é mais importante: ocorreu uma divisão crescente do trabalho. Foi justamente nesse sistema de produção, capitalismo, que se iniciaram

⁴⁷ CARDOSO, **O trabalho e o direito**:..., p. 69.

⁴⁸ VIANNA, **Instituições de Direito do Trabalho**, v.1, p. 32.

⁴⁹ Importante destacar, que com a criação e corolário o contato com as máquinas, existiram movimentos operários de protesto e rebeliões destruindo as máquinas, que eram vistas como verdadeiras inimigas dos operários.

⁵⁰ BLAINEY, **Uma breve história do mundo**, p. 253.

pragmaticamente a alienação e o estranhamento – conceitos elaborados por Karl Marx a *posteriori*, significando que o trabalhador passa a não produzir mais a mercadoria do início ao seu término, perdendo identidade com aquilo que produziu e de si mesmo.

A alienação, para Karl Marx, é uma doença do homem:

Não é uma doença nova, pois principia necessariamente com o início da divisão do trabalho, ou seja, quando a civilização transcende a sociedade primitiva; manifesta-se mais acentuadamente na classe operária, mas é uma doença de que todos sofrem⁵¹.

E quanto ao estranhamento:

Enquanto existe uma cisão entre o interesse particular e o comum, enquanto, por conseguinte, a atividade não é dividida voluntária, mas naturalmente, as ações do homem tornam-se uma força estranha oposta a ele, escravizando-o em vez de ser por ele controlada⁵².

Posteriormente, na Segunda Revolução Industrial, caracterizada pela descoberta de energia elétrica, instalaram-se novos modos de produção, baseados em Frederick Taylor e Henry Ford. Tanto no modelo produtivo taylorista, como no fordista (que foi um aprimoramento do taylorista), cabia ao trabalhador exercer seu labor de forma quase mecânica. No segundo modelo de produção, os empregados poderiam ser considerados até mesmo segmentos das máquinas, já que sua única função era operá-las. A linha de montagem estabelecia um ritmo cada vez mais acelerado, em busca da maior produtividade possível⁵³.

A importância dos trabalhadores laborando mecanicamente era de tamanha que Henry Ford usava o seguinte lema em suas fábricas: "Reunir-se é um começo, permanecer juntos é um progresso, e trabalhar juntos é um sucesso."

Quanto a esta época, assevera Cesarino Júnior:

Já nos fala na segunda revolução industrial com a automação e a progressiva substituição do elemento humano pelas máquinas sofisticadas que substituem o operário nas várias etapas da manufatura e até controlam a qualidade na produção⁵⁴.

⁵¹ MARX, **Os manuscritos**..., p. 63.

⁵² MARX, **Os manuscritos**..., p. 97.

⁵³ O fordismo foi muito bem ilustrado por Charles Chaplin em seu filme Tempos Modernos.

⁵⁴ CESARINO JÚNIOR, Antonio Ferreira. *Apud* VIANNA, **Instituições de Direito do Trabalho**, v.1, p. 32.

Segundo Márcio Túlio Viana:

Antes, como dizíamos, eram fábricas verticais, absorventes, atuando por meio de rígidas hierarquias. Máquinas grandes, caras, pesadas, exigindo planejamento, estabilidade e produtos iguais. Economia de escala. Produção em série para um consumo crescente. Peças intercambiáveis, correias transportadoras, Gestos se reprisando. Trabalhadores também homogêneos, em massa⁵⁵.

O mesmo autor ilustra ainda:

As empresas neste momento eram grandes, verticalizadas e concentradas em um só lugar. Eram expressão da certeza no amanhã. A produção se caracterizava pelo grande estoque, mas de pouca variedade. Heterodireção patronal rígida. Para vender, bastava produzir. A fábrica ditava o que o mercado compraria. O fabricante calculava o custo, estimava o lucro e fixava o preço. Ou seja, tudo era calculado de cima para baixo⁵⁶.

Quanto aos efeitos da máquina no trabalho humano, leciona Lorena Vasconcelos Porto:

Com a divisão de tarefas operada dentro das fábricas, a prestação laborativa se tornou bem mais simples. Consistindo, basicamente, na execução de atos elementares, e repetitivos, ao contrário da complexidade e engenho exigidos dos artesãos medievais, que realizavam todo o produto, do início ao fim. Assim, a prestação laborativa perde em qualidade, o que torna os trabalhadores facilmente “fungíveis”, substituíveis. Isso permite ao industrial decidir quem irá empregar, podendo, na ausência de limitações normativas, aplicar o critério do menor custo salarial, pois não precisava levar em conta o grau e a especificidade da qualificação do trabalhador e suportar as respectivas exigências remuneratórias. Nesse contexto, passou a ser intensamente explorado o trabalho de mulheres e crianças (denominadas “meias-forças” de trabalho dóceis), vez que aceitavam salários menores e ofereciam menor resistência à exploração ilimitada, o que ocasionava, como consequência, o rebaixamento do salário adulto⁵⁷.

Quanto ao papel paradoxal que as empresas tinham na vida do trabalhador, demonstra Luiz Otávio Linhares Renault:

Anjo e demônio, a empresa era ao mesmo tempo a referência concreta para a busca do emprego, para a prestação de serviços, para as reivindicações

⁵⁵ VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado. In: PIMENTA, José Roberto Freire *et al.* (Coords.). **O Direito do Trabalho: evolução, crise, perspectiva**. São Paulo: LTr, 2004, p. 159.

⁵⁶ PUC-MINAS. Curso de Pós-Graduação em Direito Privado. **Ênfase em Direito do Trabalho**. Anotações de aulas (Professor Márcio Túlio Viana).

⁵⁷ PORTO, **A subordinação no...**, p. 27.

operárias e até para as greves. Eram nos portões das fábricas que salpicavam os movimentos sindicais⁵⁸.

Importante destacar que essa forma de trabalho, permita os trabalhadores se identificarem uns com os outros, tendo em vista que como realizavam o mesmo labor, passaram a ter os mesmos sentimentos, as mesmas angústias, identidade de necessidades e por isso, facilitavam o movimento sindical.

As condições de trabalho eram péssimas, em locais insalubres e perigosos, sem qualquer proteção, com mulheres e crianças trabalhando nas fábricas. Quanto ao trabalho realizado por crianças ilustra Geoffrey Blainey:

Um americano, ao descrever uma fiação de lã, em Yorkshire, em 1815, observou que aproximadamente 50 meninos e meninas estavam lá empregados, com horário de trabalho das 6 às 19 horas. No inverno, chegavam e saíam no escuro. A criança mais velha tinha no máximo 10 anos. Todas ficavam lambuzadas de poeira e gordura vindas de lã crua que manipulavam. A nova fábrica – ao contrário dos trabalhos rurais, como cuidar dos gansos e ordenhar as vacas – era um tirano que exigia a atenção das crianças o dia inteiro, mesmo quando estavam quase adormecendo de tão exaustas⁵⁹.

Essas situações fizeram com que os trabalhadores buscassem respostas do Estado, através do ordenamento jurídico. A busca por esses direitos surgiu dos movimentos sociais (revoltas, revoluções, greves e quebras de máquinas) liderados pelas idéias de Robert Owen, Saint-Simon, Karl Marx e Friedrich Engels, pautados pela consciência de classe (até então desconhecida), quando os trabalhadores perceberam que unidos formavam uma classe e assim tinham mais força para reivindicar seus interesses. Daí surge à ação coletiva como instrumento de representação dos trabalhadores.

Quanto ao trabalho executado dentro das fábricas, demonstra Alice Monteiro de Barros:

O emprego generalizado de mulheres e menores suplantou o trabalho dos homens, pois a máquina reduziu o esforço físico e tornou possível a utilização das “meias-forças dóceis”, não preparadas para reivindicar. Suportavam salários ínfimos, jornadas desumanas e condições de higiene degradantes, com graves riscos de acidente⁶⁰.

⁵⁸ RENAULT, Que é isto... In: PIMENTA, **Direito do Trabalho**:..., p. 28.

⁵⁹ BLAINEY, **Uma breve história do mundo**, p. 253.

⁶⁰ BARROS, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 64.

O acidente de trabalho – fenômeno típico desta época - foi um dos fatores que contribuiu para, a denominada luta de classes, para a criação de direitos trabalhistas, bem como para mudança do Estado Liberal para o Social.

Nesse sentido leciona Jorge Luiz Souto Maior:

Dada a sua enorme reincidência e em razão de seus terríveis efeitos (equiparáveis ao de uma guerra, ou piores), o acidente do trabalho foi um dos fatos sociais mais determinantes para essa mudança do modelo jurídico e político do Estado, conforme demonstra, com riqueza de detalhes históricos, François Ewald, em sua célebre obra, “História do Estado Providência”, já mencionada⁶¹.

Sendo assim, os trabalhadores passaram a lutar coletivamente por melhores condições trabalho (direitos trabalhistas), como diminuição na jornada (tendo em vista que nesta época trabalhavam em média 16 horas diariamente, inclusive mulheres e menores), melhores salários, proteção as mulheres e aos menores, melhor ambiente de trabalho, seguro e concessão de repousos.

A importância do trabalho neste momento histórico foi tamanha, que assinala Erich Fromm:

A sociedade moderna, industrial, por exemplo, não poderia ter atingido suas finalidades se não dirigisse a energia dos homens livres para o trabalho, em proporções sem precedente. O homem tinha de ser transformado numa pessoa ansiosa por empregar a maior parte de suas energias no trabalho, numa pessoa dotada das qualidades de disciplina, ordem e pontualidade, em proporções desconhecidas da maioria das outras culturas. Não teria sido bastante se cada indivíduo tivesse de decidir, conscientemente todos os dias, se queria ir trabalhar, chegar na hora certa etc., pois essa deliberação levaria a um número de exceções superior ao que o funcionamento regular da sociedade pode tolerar⁶².

E foi justamente através dos movimentos sociais (revoltas e revoluções envolvendo paralisações, boicotes e inclusive quebra de máquinas), que surgiram as primeiras normas trabalhistas que foram criadas através dos acordos de fábrica (negociação coletiva), antes mesmo da criação da Direito do Trabalho, lecionando Paulo Emílio de Ribeiro Vilhena: “Os primeiros raios de normatividade surgiram do

⁶¹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O que é Direito Social? *In*: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). **Curso de Direito do Trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2007. v. 1, p. 19.

⁶² FROMM, **Meu encontro com Marx e Freud**, p. 76.

próprio grupo, nas coalizões, mas em acordos que, em geral, eram descumpridos, pelo empregador, à falta de norma sancionadora⁶³”.

Esses movimentos operários causaram melhores condições de trabalho, através dos acordos de fábricas. Conforme ensina novamente o autor *supra* mencionado: “geraram normatividade no grupo, tendo como poder coator a pressão direta da classe trabalhadora⁶⁴”.

Conforme se constata, tornou-se necessária uma nova posição do Estado diante de seus jurisdicionados, de interventor e criador de direito sociais. Dentre essas novas atribuições, destaca-se o surgimento de um novo direito, especializado na relação ali preponderante (empregatícia) e que protegesse a massa de trabalhadores dos abusos dos empregadores⁶⁵. A criação desse novo direito partiu do pensamento e da necessidade coletiva, tendo como caráter teleológico a proteção ao trabalhador.

Surge então o Estado Social de Direito (no final do século XIX e início de século XX)⁶⁶, sendo criado o Direito do Trabalho e outros direitos sociais. O Estado passou a desempenhar um papel distinto daquele que exercia, passando então a ser interventor nas relações particulares e promotor de políticas sociais, dando origem aos direitos fundamentais da segunda geração.

Quanto a esta nova modalidade estatal, sintetiza Carlos Henrique Bezerra Leite:

Surge, então o chamado Estado Social, que é compelido a adotar políticas públicas destinadas à melhoria das condições de vida dos mais pobres, especialmente da classe trabalhadora, como forma de compensar as desigualdades originadas pelos novos modos de produção⁶⁷.

Leciona ainda o mesmo autor:

⁶³ VILHENA, **Relação de emprego...**, p. 25.

⁶⁴ VILHENA, **Relação de emprego...**, p. 25.

⁶⁵ A necessidade era tamanha, que antes mesmo da criação do Direito do Trabalho em 1819, na Inglaterra foi elaborada uma lei que diminuía a idade com que as crianças podiam trabalhar nas fábricas; em 1833, criava-se a inspeção das oficinas; em 1844, eram aprovadas as primeiras medidas de segurança no trabalho e, estabelecendo-se a meia jornada para crianças, reduzia-se de 9 para 8 anos a idade de ingresso numa oficina. Na França, tornou-se impenhorável o salário, assegurava-se as vítimas de acidentes de trabalho o direito a uma indenização, protegia o trabalhador contra a exploração industrial. Mas, foi na Alemanha que surgiram as ordenações industriais metodizadas, quase verdadeiros pequenos códigos. E com Bismarck criou-se uma verdadeira rede de seguro social.

⁶⁶ Por muitos doutrinadores também chamado de Estado Intervencionista ou Estado Providência.

⁶⁷ LEITE, **Curso de Direito Processual...**, p. 36.

No Brasil, a criação da Justiça do Trabalho (1939), a assistência judiciária (Lei n. 1.060/1950) aos pobres, o *ius postulandi* e a coletivização do processo trabalhista (dissídio coletivo e ação de cumprimento) caracterizam o processo brasileiro no *Estado Social*⁶⁸.

Quanto à mudança da postura do Estado, ilustra Gabriela Neves Delgado:

A presença de direitos sociais (trabalho, segurança, educação, habitação, saúde etc) na nova estrutura simbolizou o caráter gestor do Estado nas políticas públicas e a qualidade de cliente do homem enquanto sujeito de direitos⁶⁹.

Quanto ao surgimento do Direito do Trabalho, demonstra Alice Monteiro de Barros:

No Brasil, Evaristo de Moraes Filho, em excelente síntese, aponta como principais causas para o aparecimento do Direito do Trabalho no contexto mundial: os vícios e as conseqüências da liberdade econômica e do liberalismo político; o maquinismo; a concentração de massas humanas e de capitais; as lutas de classes, com as conseqüentes rebeliões sociais com destaques para os ludistas ou cartistas na Inglaterra; as revoluções de 1848 e 1871, na França, e de 1848, na Alemanha; livres acordos entre grupos econômicos e profissionais regulando as relações ente patrões e operários, mais tarde, reconhecidos pelo Estado como lei; a Encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII; a guerra (1914-1918), cujo fim (1919) conferiu ao Direito do Trabalho posição definitiva nos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais⁷⁰.

Lorena Vasconcelos Porto argumenta:

O Direito do Trabalho surgiu em um contexto marcado pela desigualdade econômica e social, para conferir proteção aos operários, garantindo-lhes condições mínimas de trabalho e de vida, por meio de normas imperativas, de força cogente, insuscetível de renúncia pelas partes⁷¹.

Aduz Renato César Cardoso:

A forte pressão exercida pelos movimentos operários e sociais levou o Estado a reconhecer que não poderia se manter alheio ou inerte, que ele precisava intervir de alguma forma, sob pena de ver esgarçar-se o já teso tecido social. Estava decretado, com este reconhecimento, o fim da época do *laissez-faire*, do liberalismo clássico⁷².

⁶⁸ LEITE, **Curso de Direito Processual...**, p. 37.

⁶⁹ DELGADO, **Direito fundamental ao trabalho digno**, p. 49.

⁷⁰ BARROS, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 67.

⁷¹ PORTO, **A subordinação no...**, p. 25.

⁷² CARDOSO, **O trabalho e o direito:...**, p. 73.

Segadas Viana por seu turno:

Como órgão supremo do direito, o Estado deveria, na nova concepção, torna-se o instrumento da justiça – da justiça da sociedade -, intervindo como representante dos interesses coletivos para conter os diversos fatores da produção e, portanto, uma melhor repartição das riquezas, base do bem estar social⁷³.

Dentre as mudanças ocorridas no campo intersubjetivo, destaque também para a responsabilidade dos agentes, conforme ensina Jorge Luiz Souto Maior:

A responsabilidade, na perspectiva do Direito Social, portanto é completamente da responsabilidade na esfera civil. A sua incidência, ademais, não decorre do dano, mas do simples fato de se expor alguém a risco. A responsabilidade, na ótica do Direito Social, impõe obrigações que determinam o modo de agir perante o outro, para promover valores humanísticos e, no caso das condições de trabalho, no contexto da produção hierarquizada, sobretudo para evitar a ocorrência de dano à personalidade do trabalhador. Esta responsabilidade, portanto, nada tem a ver com a visão liberal baseada na culpa, pois, afinal, ninguém pode ser considerado daquilo que nem seque ocorreu⁷⁴.

Durante o Estado Social, surge também a função social da propriedade:

A propriedade passou, teoricamente a ser condicionada à função social, sendo considerada um dos fatores condicionantes da ruptura do tradicional esquema do Estado burguês no qual as Constituições asseguravam restritivamente direitos civis e políticos⁷⁵.

O Estado Social de Direito, dentre seus objetivos, tinha o de equilibrar a ação individual, sob a angulação e interesse do interesse coletivo, instituindo normas trabalhistas imperativas, que tinham que ser obedecidas por todos. Assim, surgiu à figura do contrato de trabalho, com caráter protetivo e um sentido mais justo de equilíbrio, como ensina Segadas Viana: “o individualismo teria, conseqüentemente, de passar a um plano secundário para que tomasse realce o interesse coletivo⁷⁶”.

Nesse sentido demonstra Antonio Álvares da Silva:

O contrato de trabalho passou a ser um conjunto de normas protetoras, em relação às quais o papel do empregador consistia apenas num ato de

⁷³ VIANNA, **Instituições de Direito do Trabalho**, v.1, p. 38.

⁷⁴ SOUTO MAIOR, O que é... *In*: CORREIA, **Curso de Direito do Trabalho**:..., p. 19.

⁷⁵ DELGADO, **Direito fundamental ao trabalho digno**, p. 49.

⁷⁶ VIANNA, **Instituições de Direito do Trabalho**, v.1, p. 37.

adesão. A partir daí, desencadeava-se todo o mecanismo tutelar, independentemente de qualquer ato específico de vontade das partes. Assim se estruturou todo o Direito Individual do Trabalho, em que o legislador, sobrepondo-se à vontade do empregado, substituía pela lei para equilibrar o interesse econômico com o social⁷⁷.

Quanto ao contrato de trabalho, ensina Lorena Vasconcelos Porto:

“Para tanto, criou-se a figura do contrato de trabalho, de modo que as partes que o celebrassem estariam sujeitas às normas trabalhistas, surgindo entre elas uma relação de emprego.”⁷⁸

Sendo assim, fazendo uma interpretação aristotélica, onde a equidade podia ser encontrada através de duas maneiras: a primeira na criação de normas – criando desigualdades, para tentar alcançar a igualdade -, e a segunda através de decisões judiciais - ou seja, interpretação e aplicação da norma -, pode-se entender que o contrato de trabalho é um contrato com uma equidade,

Nesta época, juridicamente passou a ser exigido do Estado (juiz) a posição de *la bouche du droit*. A partir deste novo contexto, o julgamento de uma lide deveria ser feito através de métodos mais sofisticados como a análise teleológica, a sistêmica e a histórica, capazes de olvidar os fins sociais da lei, o que nos presentes dias, está previsto no art. 5º, da Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro.

Os primeiros países a constitucionalizarem esse o Direito do Trabalho, foram: México e Alemanha, respectivamente em 1917 e 1919.

Quanto à natureza coletiva e a constitucionalização do Direito do Trabalho⁷⁹, ilustra José Roberto Freire Pimenta:

⁷⁷ SILVA, Antonio Álvares da. **Flexibilização das relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002, p. 30.

⁷⁸ PORTO, **A subordinação no...**, p. 30.

⁷⁹ O Direito do Trabalho no Brasil surgiu através de manifestações incipientes ou esparsas, no período de 1888 a 1930, quando a relação de emprego estava presente de modo consubstancial tanto no segmento cafeeiro avançado de São Paulo, como na emergente industrialização do antigo Distrito Federal (na época Rio de Janeiro) e em São Paulo. Após esta fase, surge a institucionalização do Direito do Trabalho, período de 1930 a 1988, quando foi criada a Carta Magna de 1988. Importante registrar que muito embora a Lei Áurea em 1888, tenha abolido a escravidão no Brasil, não é considerada formalmente como marco histórico para a História do Direito do Trabalho brasileiro. Inobstante essa desconsideração formal, a Lei Áurea foi um fator altamente relevante neste segmento jurídico, vez que, eliminou de ordem sociojurídica brasileira a escravidão, uma relação de trabalho incompatível com o ramo justralhista e ao mesmo tempo estimulou a incorporação pela prática social da fórmula então revolucionária de utilização de força de trabalho: a relação de emprego. Devido a esta importância, Maurício Godinho Delgado ensina: “Nesse sentido, o mencionado diploma sintetiza um marco referencial mais significativo para a primeira fase do Direito do Trabalho no país do que qualquer outro diploma jurídico que se possa apontar nas quatro décadas que se seguiram a 1888”. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 106.

Em outras palavras, foram a implementação e o desenvolvimento do modo capitalista de produção que engendraram novas desigualdades e novos tipos de conflitos, que por sua vez passaram a exigir a constitucionalização dos direitos fundamentais sociais, o surgimento e a institucionalização do Direito do Trabalho e, mais recentemente, a construção de um modelo processual capaz de propiciar a tutela metaindividual dos direitos cujo descumprimento tenha relevância coletiva e social⁸⁰.

O Direito do Trabalho, conforme suas fontes materiais (revoltas, revoluções e movimentos sociais) é embrionariamente um direito coletivo. Nesse caso, proteger o direito coletivo do trabalho é necessariamente fortalecer o direito individual. Os direitos trabalhistas foram conquistados através de muitas lutas, perdas, idas e vindas, sendo fruto de muito sofrimento.

Foi neste novo contexto socioeconômico que se estruturou e normatizou, de forma inovadora, a relação jurídica basilar do sistema de produção capitalista: a relação empregatícia, uma espécie (do gênero relação de trabalho), caracterizada pelos seus 05 pressupostos. Nesse sentido, leciona Maurício Godinho Delgado:

Os elementos fáticos-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; c) também efetuada com não-eventualidade; d) efetuada ainda sob subordinação ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade⁸¹.

A importância da relação de emprego é tamanha que atualmente vem sendo estudada pela doutrina brasileira uma nova leitura da subordinação, para que possa abranger as novas relações criadas para mascarar a relação empregatícia⁸².

No Brasil especificamente, a Justiça do Trabalho foi prevista pela primeira vez na Constituição de 1934, porém, como órgão administrativo. Importante destacar que antes disso, foram criadas as Juntas de Conciliação e Julgamento e as Comissões Mistas, que eram vinculadas ao Ministério do Trabalho, que serviram posteriormente de alicerce para a criação desta Justiça Especializada.

Como narrado por Angela de Casto Gomes, Elina G. da Fonte Pessanha e Regina de Moraes Morel:

⁸⁰ PIMENTA, José Roberto Freire. A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional. In: PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana de Medeiros; FERNANDES, Nadia Soraggi (Coord.). **Tutela metaindividual trabalhista**: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo. São Paulo: LTr, 2009, p. 13.

⁸¹ DELGADO, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 290.

⁸² Sobre referida matéria, Lorena Vasconcelos Porto fez um detido estudo, o qual recomenda-se a leitura: Subordinação no Contrato de Trabalho: uma releitura necessária.

Órgãos administrativos do Ministério do Trabalho, as Juntas de Conciliação e Julgamento não tinham poder de execução. Se o empregador fosse condenado e não cumprisse voluntariamente a decisão, a parte vencedora tinha de entrar com uma ação executiva na Justiça Comum, que não raro, revia as decisões num processo demorado. Já as Comissões Mistas de Conciliação tratavam apenas de mediar os conflitos coletivos de trabalho. Obtido o acordo, estava cumprida a sua finalidade. Não obtido o acordo, não havia uma solução jurídica: cada parte teria que agüentar o que pudesse, para não ceder à outra. Tudo isso daria origem à criação da Justiça do Trabalho, prevista pela Constituição de 1934⁸³.

A Constituição de 1937 manteve a previsão administrativa da Justiça do Trabalho, mas, em seu art. 138, criou o direito de organização sindical, permitindo que o sindicato, atuasse em nome próprio, mas, defendesse os interesses alheios, vale dizer, os direitos de seus representados. É o que se passa com a substituição processual. A partir de então, passou a ser previsto o litígio entre duas pessoas jurídicas: de um lado a empresa ou o sindicato econômico e do outro o sindicato dos trabalhadores.

A partir desse momento o trabalhador, que era visto até então como um ser isolado tanto de direitos como de representatividade, passava a ter a possibilidade de se unir a trabalhadores da mesma categoria, podendo agora ser observado não mais sozinho e sim coletivamente, acompanhado de seus companheiros de classe, através dos sindicatos.

A representatividade dos trabalhadores pelo respectivo sindicato passou a ser permitida, tanto para exercer a efetivação dos direitos de seus representados, assim como, a luta pela conquista de novos direitos, através de acordos coletivos.

Até mesmo porque a indústria e trabalho existentes nesta época favoreciam o movimento sindical (uma relativa previsibilidade do empregador e similaridade de situação entre os trabalhadores), especialmente nos países centrais – já que no Brasil prevalecia um modelo corporativista, mais atrelado ao poder central.

Somente em 1 de maio de 1939, que a Justiça do Trabalho foi criada, através do Decreto-lei nº 1.237, ocorrendo assim sua efetiva instalação.

No Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho, popularmente conhecida como CLT, foi criada em 1943, tendo como um dos objetivos abarcar o maior número de trabalhadores possíveis, para que essa proteção pudesse ser ofertada a grande parte dos jurisdicionados. Tanto é que preceitua em caráter genérico em seu

⁸³ GOMES, Angela de Castro; PESSANHA, Elina G. da Fonte; MOREL, Regina de Moraes (Orgs). **Arnaldo Süssekind, um construtor do Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 58.

art. 1º: “Esta Consolidação estatui as normas que regulam as relações individuais e coletivas, nela previstas” e no art. 7º, traz suas exceções, sendo elas: empregados domésticos, empregados rurais, funcionários públicos e servidores de autarquia paraestatais.

Com a evolução do emprego para as demais áreas (não somente nas fábricas e nas indústrias), os direitos trabalhistas que inicialmente eram concedidos somente aos empregados que se encontravam nas fábricas, com o passar do tempo foram estendidos a qualquer trabalhador subordinado, independentemente de sua profissão, desde que preenchidos os pressupostos impostos pela lei, capazes de configurar a relação empregatícia. Assim a efetividade e a competência do Direito do Trabalho foram aumentando.

A criação da Consolidação das Leis do Trabalho ocorreu conforme ensina Arnaldo Süssekind:

A CTL, de 1943, ainda sob o governo de Getúlio Vargas, é, portanto, o resultado desta acumulação histórica de decretos legislativos, leis e decretos-leis que regularam, ao longo de anos, as relações de trabalho no Brasil, além é claro, de algumas convenções da OIT já ratificadas pelo país. Mas a CLT é mais que um mero agrupamento das leis. A comissão encarregada da tarefa de organizar a legislação trabalhista, criada por Marcondes Filho, com autorização de Getúlio Vargas, composta por Luiz Augusto de Rego Monteiro, Arnaldo Lopes Süssekind, Dorval de Lacerda, José de Segadas Vianna (Procuradores da Justiça do Trabalho) e Oscar Saraiva (Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio) foi além de meramente agrupar as leis, pois que fixou conceitos (Introdução da CLT) e preencheu o vazio legislativo sobre alguns institutos (p. ex., o contrato de trabalho – alteração, suspensão, interrupção e cessação do contrato individual de trabalho – e o salário). A comissão assim, tanto alterou alguns dispositivos legais, quanto complementou o vácuo legislativo a respeito de certos institutos jurídicos. Na visão da comissão, “para ordenar leis trabalhistas de diferentes momentos políticos”, fez-se necessário não somente promover pequenas modificações, desfazer alguns antagonismos, como também preencher vazios legislativos com disposições imprescindíveis à configuração do sistema⁸⁴.

Foi através da Constituição de 1946, que a Justiça do Trabalho veio a fazer parte do Poder Judiciário Brasileiro, inclusive como um ramo especializado e independente.

No Brasil especificamente, em 1963, ocorreu um considerável aumento da aplicabilidade do Direito do Trabalho, quando as normas trabalhistas foram

⁸⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo. **A consolidação das leis do trabalho histórica**. SANTOS, Aloysio (Org.). Rio de Janeiro: SENAI, SESI, 1993, p. 16.

estendidas ao empregado rural, com o advento do Estatuto do Trabalhador Rural⁸⁵. Até então muito embora nesta época a maior parte da população brasileira nesta época morasse no campo, as normas trabalhistas eram aplicadas somente aos trabalhadores urbanos. Com esse aumento, percebe-se a nítida abrangência e acompanhamento do Direito do Trabalho as transformações do labor humano.

Por meados do século XX, o Estado Social de Direito é findado, surgindo o Estado Democrático de Direito. Dentre alguns motivos, que levaram a derruição do Estado Social, cita-se: a insuficiência financeira dos Estados na manutenção das políticas públicas sociais; as crises petrolíferas ocorridas na década de 1970; a globalização econômica e a queda do modelo socialista da União Soviética.

Leciona Carlos Henrique Bezerra Leite que o Estado Democrático de Direito tem como objetivo:

...a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, a correção das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem-estar e justiça sociais para todas as pessoas, o desenvolvimento socioambiental, a paz e a democracia.⁸⁶

São características desta modalidade estatal o reconhecimento da dignidade humana, o pós-positivismo, a criação dos direitos fundamentais da terceira geração, a constitucionalidade, legalidade da administração pública, a proteção jurídica e das garantias processuais.

O Estado Democrático de Direito é aquele que reconhece as diferenças entre seus jurisdicionados, e por isso cria diferença de tratamento para assim, diminuir ou atenuar essas diferenças. Daí porque dizer que o centro convergente dessa modalidade estatal é o ser humano e que o poder emana do povo.

No Brasil, o Estado Democrático de Direito é declarado na Constituição de 1988, que traz expressamente no *caput* do seu art. 1: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos”

A Carta Magna brasileira declara ainda no parágrafo único do mesmo artigo: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”

⁸⁵ Lei n. 4.214.

⁸⁶ LEITE, **Curso de Direito Processual...**, p. 39.

Quanto ao pós-positivismo, importante destacar que é uma sistemática criada por Ronald Dworkin e Robert Alexy, que colocou os princípios ao lado das regras, como espécie do gênero normas jurídicas. Os princípios passaram a ter força de norma jurídica.

Sendo assim, os princípios exercem um duplo caráter: é um norteador, uma diretriz do ordenamento jurídico, bem como, integra o direito positivo como norma.

Leciona Gabriela Neves Delgado:

“Uma das maiores contribuições à Ciência do Direito reveladas no Estado Democrático foi o reconhecimento do caráter normativo dos princípios, de sua função normativa própria e não de simples enunciado programático”⁸⁷.

No mesmo sentido ensina Carlos Henrique Bezerra Leite:

Transplantando a teoria de Dworkin para o nosso ordenamento jurídico, poderíamos dizer que as normas constitucionais são o gênero que tem como espécies os princípios e as regras. Essa teoria possui o grande mérito, com o qual concordamos, de desvendar que, ao contrário das regras, princípio não revoga princípio; antes se harmonizam, abrindo espaço para a aplicação da justiça no caso concreto, mediante outro princípio: o da razoabilidade, proporcionalidade ou ponderação de bens⁸⁸.

Ney Stany Morais Maranhão sintetiza quanto ao pós-positivismo:

Portanto, ao alcançarem o relevante *status* de normas jurídicas e repousarem no privilegiado patamar constitucional, os princípios enfim se libertaram daquela velha idéia de que detinham apenas valia ética, passando a ostentar mesmo plena vinculatividade jurídica. Em razão disso, a teoria do direito precisou estabelecer a hoje tão divulgada distinção dogmática entre *regras* e *princípios*, enquanto espécies do gênero *norma*⁸⁹.

Continua o mesmo autor:

“O *pós-positivismo*, nesse compasso, representa exatamente o anseio por um novo fôlego, a busca de uma nova perspectiva; a ousadia de erguer a cabeça e olhar por sobre as ondas...”⁹⁰.

Feitas as ponderações quanto ao papel desempenhado pelos princípios no pós-positivismo, devem ser analisadas suas funções, que são três: informativa

⁸⁷ DELGADO, **Direito fundamental ao trabalho digno**, p. 50.

⁸⁸ LEITE, **Curso de Direito Processual...**, p. 55.

⁸⁹ MARANHÃO, Ney Stany Morais. **O fenômeno pós-positivista: considerações gerais**. 2009. Disponível em: <<http://ww1.anamatra.org.br/sites/1200/1223/00001573.pdf>>.

⁹⁰ MARANHÃO, **O fenômeno pós-positivista:...**

(destinada ao legislador, no momento da elaboração das normas); interpretativa (ao aplicador do direito, no sentido de interpretar os significados e sentidos das normas) e normativa (também direcionado ao aplicador, vez que, podem ser aplicados tanto de forma direta como de forma indireta no julgamento de uma lide)⁹¹.

Quanto aos direitos fundamentais de terceira geração, ditos, direitos coletivos *lato sensu*, abarcam três espécies, sendo elas: direito difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Esses direitos têm como objetivo a proteção de pessoas indeterminadas, bem como, de pessoas identificáveis que possuem uma causa em comum. Além desse objetivo, os direitos fundamentais da terceira geração também têm como objetivo, a efetivação dos direitos fundamentais da primeira e da segunda geração.

No Brasil os conceitos dessas três espécies estão previstos no Código de Defesa do Consumidor. Os difusos são aqueles considerados transindividuais e indivisíveis, que pertencem a pessoas indeterminadas com o mesmo interesse devido a circunstâncias de um fato comum, conforme inciso I, do parágrafo único do art. 81, do diploma mencionado. Os coletivos *stricto sensu* são pertinentes aos direitos transindividuais e indivisíveis, pertencendo a pessoas de determinado grupo, categoria ou classe, tendo como previsão legal no inciso II, do parágrafo único do art. 81, do *codex* salientado. E aos individuais homogêneos são aqueles direitos que possuem uma origem comum e seus detentores são identificáveis, conforme inciso III, do parágrafo único do art. 81, do Código de Defesa do Consumidor.

⁹¹ Carlos Henrique Bezerra Leite leciona: Os princípios constitucionais fundamentais exercem tríplice função no ordenamento jurídico, a saber: informativa, interpretativa e normativa. A função informativa é destinada ao legislador, inspirando a atividade legislativa em sintonia com os princípios e valores políticos, sociais, éticos e econômicos do ordenamento jurídico. Sob essa perspectiva, os princípios atuam com propósitos prospectivos, impondo sugestões para a adoção de formulações novas ou de regras jurídicas mais atualizadas, em sintonia com os anseios da sociedade e atendimento às justas reivindicações dos jurisdicionados. A função interpretativa é destinada ao aplicador do direito, pois os princípios se prestam à compreensão dos significados e sentidos das normas que compõem o ordenamento jurídico. Entre os diversos métodos de interpretação oferecidos pela hermenêutica jurídica, os princípios podem desempenhar um importante papel na própria delimitação e escolha do método a ser adotado nos casos submetidos à decidibilidade. A função normativa, também destinada ao aplicador do direito, decorre da constatação de que os princípios podem ser aplicados tanto de forma direta, isto é, na solução dos casos concretos mediante a derrogação de uma norma por princípio, por exemplo, o princípio da norma mais favorável aos trabalhadores (CF, art. 7, *caput*), quanto de forma indireta, por meio de integração do sistema nas hipóteses de lacuna (CPC, art 128), como se dá por exemplo, com a aplicação do princípio da preclusão no campo processual. LEITE, **Curso de Direito Processual...**, p. 37.

Para a efetivação dos direitos fundamentais da terceira geração foram criados um sistema de jurisdição civil, denominado por alguns autores como microssistema de tutela dos direitos ou interesses coletivos⁹².

Esse sistema (ou microssistema) de efetivação dos direitos coletivos é formado pela integração sistemática da Constituição da República de 1988, Lei da Ação Popular, Lei da Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor e de forma subsidiária o Código de Processo Civil. Quanto à seara trabalhista Carlos Henrique Bezerra Leite, acrescenta a todos esses diplomas legais a Lei Orgânica do Ministério Público da União e a Consolidação das Leis do Trabalho, denominando essa junção como sistema de jurisdição trabalhista metaindividual⁹³.

Quanto aos direitos fundamentais, importante destacar o princípio da horizontalização, vez que, os direitos fundamentais da 1ª, 2ª e 3ª gerações se completam, aprimorando-se para atingir um único objetivo: a proteção ao ser humano.

Este complexo (aprimoramento) de direitos fundamentais é denominado como direitos humanos. Esta unicidade de direitos decorre até mesmo do reconhecimento da evolução de cada modelo estatal.

Nesse sentido leciona Gabriela Neves Delgado:

“Análises e interpretações relativas aos modelos do Estado constitucional contemporâneo demonstram que no curso histórico, na maior parte das vezes, um modelo de Estado supera o outro dialeticamente aperfeiçoando-o”⁹⁴.

E quanto à importância do Estado Democrático de Direito, continua ensinando a mesma autora:

Sob o prisma da história política, social, cultural e econômica, pode-se afirmar que o Estado Democrático de Direito é o mais evoluído na dinâmica dos Direitos Humanos, por fundar-se em critérios de pluralidade e de reconhecimento universal de direitos⁹⁵.

Uma das premissas para a criação dos direitos fundamentais da terceira geração foi o descumprimento massivo dos direitos fundamentais tanto da primeira,

⁹² Como por exemplo o Professor da PUC/MG, Jose Roberto Freire Pimenta.

⁹³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública na perspectiva dos Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2008, p. 93.

⁹⁴ DELGADO, **Direito fundamental ao trabalho digno**, p. 49.

⁹⁵ DELGADO, **Direito fundamental ao trabalho digno**, p. 49.

como, da segunda geração. Daí porque dizer que dentre os objetivos dos direitos fundamentais da terceira geração é proteção, efetivação dos direitos fundamentais que estavam sendo violados coletivamente. Quanto ao tema José Roberto Freire Pimenta argumenta:

Ao mesmo tempo, os direitos fundamentais da segunda geração (os direitos sociais (os direitos sociais) passaram a ser alvo de lesões repetitivas e continuadas nessas sociedades de massas, além de cada vez mais numerosas, a ponto de o seu descumprimento generalizado transcender ao interesse meramente individual de seus titulares para configurar um problema de extrema gravidade e de indiscutível relevância social – a falta de efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente prometidos, capaz de colocar em questão a seriedade dos compromissos das Constituições democráticas da atualidade com a justiça social e a própria democracia que elas declararam solenemente pretender concretizar⁹⁶.

No mesmo sentido lecionam Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, são antes de tudo, os necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados. Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos⁹⁷.

Dentre os direitos fundamentais da segunda geração que não estavam sendo efetivados e que precisavam da aplicabilidade dos direitos fundamentais da terceira geração, destacam-se para o presente estudo dois em especial: o acesso ao Poder Judiciário (à justiça) e o trabalho.

Quanto ao primeiro, os doutrinadores Mauro Cappelletti e Bryant Garth por volta de 1980, na célebre obra *Acesso à Justiça*, demonstraram a crise da Justiça, presenciada pela maioria dos países ocidentais. Essa crise estava colocando em xeque inclusive o papel teleológico do Poder Judiciário, vez que, não eram seus

⁹⁶ PIMENTA, **Tutela metaindividual trabalhista**:..., p. 15.

⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12.

“clientes” que estavam fazendo uso da máquina judiciária, ou seja, o próprio acesso à Justiça estava comprometido por partes daqueles a quem foi direcionada.

Quanto ao acesso à Justiça lecionaram:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo⁹⁸.

Consideravam inclusive como o direito fundamental mais importante:

“O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”⁹⁹.

Demonstraram que para um efetivo acesso ao Poder Judiciário por parte daqueles que realmente necessitam (e assim a crise ser sanada), seria necessária uma reforma processual através de três grandes ondas.

A primeira seria a assistência judiciária aos pobres, abrangendo tanto as custas judiciais, como a representação processual, através de profissionais ofertados pelo Estado, além do direito à informação, quer seja, o conhecimento dos direitos por parte de todos os cidadãos.

A segunda onda seria a representação e o acesso processual dos direitos coletivos, ou seja, a criação de meios processuais para a defesa dos direitos coletivos, através de um representante único, sem a necessidade da participação física de todos os representados, porém, com a extensão da coisa julgada a todos eles.

A terceira onda diz respeito a inovações procedimentais e no sistema judiciário capaz de ofertar um acesso à representação em juízo a uma concepção mais abrangente de acesso (real) à Justiça, quer seja, uma maior eficiência de mecanismos para uma maior efetividade dos direitos materiais.

⁹⁸ CAPPELLETTI; GARTH, **Acesso à justiça**, p. 9.

⁹⁹ CAPPELLETTI; GARTH, **Acesso à justiça**, p. 9.

Sendo assim, no Brasil foram feitas reformas processuais no sentido de afastar a crise da Justiça, e assim, ofertar às cidadãos um efetivo acesso ao Poder Judiciário. Quanto à primeira onda, desde o Estado Social foram criados mecanismos para facilitar o acesso ao Poder Judiciário, como a criação da Justiça do Trabalho, da defensoria pública, da Lei da assistência judiciária gratuita. Quanto à segunda onda, conforme acima estudado, foi criado um sistema ou microssistema capaz de efetivar os direitos fundamentais (em suas três gerações). No que tange a terceira onda, o ordenamento jurídico brasileiro ainda está elaborando medidas no sentido de proporcionar aos seus jurisdicionados procedimentos jurídicos capazes de efetivar os direitos materiais de forma mais eficaz, dando um novo enfoque ao acesso ao Poder Judiciário, como por exemplo, o inciso LXXVIII, do art. 5º, da Constituição da República de 1988, que prevê a duração razoável do processo e meios que garantam a celeridade de tramitação e as recentes reformas no Código de Processo Civil.

Feitas as ponderações acerca do problema que envolve o acesso ao Poder Judiciário (à justiça), será observado também o outro direito social que também não estava sendo efetivado no Brasil, que é o trabalho.

Diversas normas brasileiras valorizam e protegem o trabalho, dentre elas: os arts. 1º, IV; 7º a 10º; 170, VIII e 193. Especificamente quanto à relação de emprego, o art. 7º constitucionaliza o que há de mais importante na Consolidação das Leis do Trabalho.

Quanto à valorização do trabalho em forma de relação de emprego, leciona Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena:

O fato trabalho juridiciza-se e, juridicizando-se, toma-se de colorido finalístico, que transparece na proteção do trabalhador – como que levando a verdadeira transladação de bens patrimoniais do empregador ao empregado, pela conhecida modalidade filosófica de justiça, que se denominou, desde Aristóteles, distributiva – mas que, na realidade, procura estruturar ou estrutura, em técnica jurídica inovada, um tónus mínimo de vida condigna assentando-se em pressupostos de equilíbrio ou sustentação econômica¹⁰⁰.

Conforme o estudado no presente capítulo, o capitalismo tem como alicerce a relação de emprego (seu combustível), aquela que permite a apropriação de outrem

¹⁰⁰ VILHENA, **Relação de emprego...**, p. 27.

(subordinação) mediante pagamento de salário. A subordinação legitima a venda da liberdade do trabalhador, em troca do salário.

A Constituição da República de 1988, reconhecendo tanto a importância do emprego, como a desigualdade entre as partes e buscando esta igualdade, tratou de proteger a parte hipossuficiente, que é o trabalhador, concedendo-lhes uma série de direitos que lhe são exclusivos, e que devem ser obedecidos obrigatoriamente pelos empregadores, fenômeno este conhecido como constitucionalização dos direitos trabalhistas.

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena ilustra tal situação, ensinando:

O ponto de partida, continuamente retornado pelo antagonismo inesgotável, é a procura do equilíbrio das forças trabalhador x empresa – como magistralmente cunhou *Alejandro Gallart Folch*, na célebre lapidar frase – segundo a qual é “a legislação (...) do trabalho, eminentemente desigual porque se propõe a compensar com uma superioridade jurídica a inferioridade econômica do trabalhador”.

Pode-se entender que as normas trabalhistas, são aquelas elaboradas com equidade. Leciona Segadas Viana: “a democracia moderna assegura a proteção dos fracos com tanto mais condescendência quanto estes são, de fato, os mais numerosos¹⁰¹”.

O Estado tentando diminuir a desigualdade entre as partes (e assim chegar ao equilíbrio), acaba intervindo nas relações, quer seja, concedendo direitos à parte fraca, ou então, intervém como árbitro (no caso de dissídio coletivo ou até mesmo em acordos).

Dentre esse rol de proteção podemos destacar o trabalho do menor, mulher, contra condições insalubres, perigosas e penosas, cessação arbitrária (individual e coletivamente), jornada de trabalho e outras proteções.

Quanto à proteção contra a cessação arbitrária, o legislador brasileiro ofertou tutela a classe trabalhadora, somente no âmbito individual. O art. 7º, I da Constituição da República, que preceitua: “relação de emprego protegida contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos¹⁰²”, que regulamenta somente a cessação individual.

¹⁰¹ VIANNA, **Instituições de Direito do Trabalho**, v.1, p. 38.

¹⁰² BRASIL. **Constituição da República de 1988**.

O Brasil é omissivo quanto às regras que conceituam e regulamentam a cessação contratual coletiva trabalhista.

Antonio Álvares da Silva ensina: “Essa garantia visa tornar a relação de emprego, um bem jurídico constitucional duradouro, e mantê-la constante para que irradie seu efeito construtor e benéfico para a vida social¹⁰³”.

Valorizar o trabalho, não é somente ofertá-lo, mas como também protegê-lo. De pouco ou nada adianta dar acesso ao emprego, mas não mantê-lo. Desemprego é sinal de subemprego¹⁰⁴ e de exclusão social. Rotatividade no emprego é reflexo de desvalorização e de precarização da mão de obra e portanto do ser humano.

Quanto à exclusão social na forma do desemprego, demonstra Márcio Túlio Viana:

O desemprego já não faz apenas pobres – mas excluídos. Gente para quem a ordem jurídica não é proteção, mas problema:” é proibido pedir esmolas nas portas de igreja, roubar pão e dormir sob as pontes”, nota Fechner. Até nos países da União Européia há 3 milhões de pessoas sem teto¹⁰⁵.

Para Celso Barroso Leite, o século XXI será o “século do desemprego”. Portanto a proteção contra a cessação arbitrária é questão de necessidade para manutenção da paz social, bem como, do reconhecimento da dignidade humana e do trabalho.

O combate ao desemprego será (se já não é) uma das tarefas mais difíceis que assombrará a humanidade na Idade Contemporânea e que deverá ser combatida pelas nações ou até mesmo pelo mundo. No mundo globalizado, a crise em um país afeta diversos outros países.

Especificamente quanto à proteção contra a cessação individual, o ordenamento jurídico brasileiro não permite que ocorra de forma arbitrária ou sem justa causa, sob pena de indenização (prevista em lei complementar) e outros direitos.

Quanto à durabilidade do emprego, leciona Márcio Túlio Viana:

¹⁰³ SILVA, **Revista LTr**, 73, p. 651.

¹⁰⁴ O medo do desemprego gera o subemprego.

¹⁰⁵ VIANA, **O Direito do Trabalho**:..., p. 163.

“A empresa nasce para durar. Do mesmo modo, o emprego. Daí dizer Pontes de Miranda que “empregado é aquele que se prega”. E se prega na empresa, que lhe paga com o pão a liberdade perdida.¹⁰⁶”.

Urge salientar, que muito embora a dispensa arbitrária ou sem justa causa, é vedada sob pena de indenização e outros direitos, até a presente data a lei complementar não foi feita pelo legislador brasileiro e muito menos foram previstos os outros direitos, deixando assim os trabalhadores largados ao léu.

Diante dessas omissões, foi elaborado então o Ato de Disposições Transitórias, que em seu artigo 10, que prevê uma multa de 40% sobre o saldo do FGTS¹⁰⁷, como indenização para a dispensa arbitrária, que alcança um valor insuficiente para indenizar o empregado da perda que está tendo (seu emprego, logo, sua subsistência).

Como a indenização compensatória, não forma acima mencionada não vem sendo capaz de ofertar aos cidadãos brasileiros uma eficaz garantia em seus postos de trabalho, contra a cessação arbitrária, os empregadores dispensam livremente sem temer a indenização que será paga ao trabalhador (tendo em vista caráter irrisório), fazendo com que a rotatividade da mão de obra cresça, desvalorizando assim o trabalho e o ser humano que o realiza.

Diante de tal circunstância, pode ser concluir que os trabalhadores brasileiros possuem uma proteção mínima e insuficiente contra a cessação arbitrária individual.

Leciona Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena: “O cumprimento do contrato de trabalho ocorre, “em força crescente e abrangente dá-se antes, durante e, depois da execução do contrato¹⁰⁸”. Pouco ou nada adianta ofertar o emprego, sem garantia de sua continuidade.

O ordenamento jurídico brasileiro regulamenta somente a cessação individual do contrato de trabalho, deixando de ofertar aos seus jurisdicionados uma tutela protetiva contra a cessação coletiva, como fazem diversos países como Alemanha, Itália, Espanha, Holanda, Argentina, México, França etc.

¹⁰⁶ VIANA, Márcio Túlio. Convenção 158: denunciando a denúncia. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). **O que há de novo em Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1997, p. 125.

¹⁰⁷ Destaca-se que ADCT significa Ato de Disposições Transitórias Constitucionais, portanto, entende-se que seria um ato do legislador de caráter provisório, para suprir temporariamente uma omissão em 1988. Mas, pelo que se percebe o que ser para ser transitório está ficando definitivo e defasado, perdendo até mesmo seu caráter teleológico, não sendo capaz de proteger em nada o empregado no ano de 2010.

¹⁰⁸ VILHENA, **Relação de emprego...**, p. 26.

No Direito do Trabalho, proteger o coletivo é proteger diretamente o individual.

O trabalho, além de possuir valor social – sendo fator integrante da estrutura da vida em sociedade – sempre acompanhou o homem no decorrer da evolução da humanidade e a sociedade ao longo de sua formação. Além disso, toda e qualquer empresa (principalmente as grandes), tem um compromisso social (ao mesmo tempo que precisa do trabalhador para preparar seus produtos, precisa da sociedade para consumir esses produtos fabricados). Sem trabalhador e sem consumidor, torna-se impossível a existência da empresa.

Além disso, as empresas exercem um papel social na vida do trabalhador, como demonstra Luiz Otávio Linhares Renault:

Querendo ou não, é na empresa, célula produtora de bens e serviços, onde o capital se aninha, onde o homem se encontra consigo mesmo, edifica o seu ideal, desenvolve-se a sua vocação para o bem, relaciona e convive com os seus semelhantes, aprimora as suas habilidades, constrói os seus sonhos, tem acesso por meio do salário a todos os ‘bens’ ofertados por um mercado transacional, cada vez mais amplo, sofisticado, variado e competitivo¹⁰⁹.

O estudo acerca de proteção contra a cessação contratual (individual ou coletiva), no atual momento, ganha uma maior importância quando analisada sob quatro angulações: primeira é quanto a Terceira Revolução Industrial, que ocasionou a passagem do fordismo para o pós-fordismo (onde o toyotismo é uma das espécies); a segunda diz respeito a mudança do próprio sistema capitalista de produção (uma modificação no caráter social). As duas primeiras angulações juntas vêm causando uma efetiva mudança na sociedade, deixando o trabalhador cada vez mais desprotegido. A terceira angulação é que em épocas de crise econômica, acabam ocorrendo cessações coletivas que prejudicam toda a sociedade e às vezes uma nação. A quarta por seu turno traz a tona que a falta de proteção contra a cessação arbitrária, retira a efetividade das normas trabalhistas, prejudicando o Direito do Trabalho.

A proteção contra a cessação contratual arbitrária (tanto na individual, com neste aspecto mais ainda na coletiva) observada sob as quatro angulações acima demonstradas, ao mesmo tempo, que valoriza o ser humano e o trabalho, ainda

¹⁰⁹ RENAULT, Que é isto... In: PIMENTA, **Direito do Trabalho**:..., p. 36.

protege a sociedade contra o desemprego e torna mais efetivas as normas trabalhistas no curso contratual, ajudando o Direito do Trabalho.

Quanto ao pós-fordismo, leciona Mirna Savoi Silveira Boson:

O toyotismo, espécie do gênero pós-fordismo, gerou impacto no ocidente ao se revelar como uma alternativa à crise do capitalismo, em razão de “[...] seu desenho organizacional, seu avanço tecnológico, sua capacidade de extração intensificada do trabalho, bem como a combinação de trabalho em equipe, os mecanismos de envolvimento e o controle sindical¹¹⁰”.

Nos presentes dias, no dito pós-fordismo, uma única empresa absorve diversas espécies de trabalho como, empregados, autônomos, cooperados e até mesmo os excluídos sociais (ditos trabalhadores invisíveis, como catadores de produtos recicláveis, alumínio, lixo etc).

O resultado ocasionado pela Terceira Revolução Industrial (robótica, automação e informática), colocou o trabalhador em situação mais vulnerável (em posição quase que descartável¹¹¹) a que já se encontrava. Se antes o ser humano pedia para não ser explorado, agora pede por favor: “me explore, mas me pague”¹¹².

No mesmo sentido, leciona Schwarz: “Depois de lutar contra a exploração capitalista, os trabalhadores deverão ser debater contra a falta dela”¹¹³.

As empresas aumentam sua busca desenfreada pelo aumento no lucro e pela competitividade e para isso abusam e desprotegem mais ainda do trabalhador, como nos mostram, por exemplo, as novas doenças do trabalho, assim como as variadas formas de precarização – dos falsos cooperados aos falsos estagiários, terceirização dos “PJs” aos novos escravos.

Para muitos trabalhadores, a própria importância do trabalho como fator de produção vem perdendo força. Além de disputar o emprego com outro homem, o trabalhador o disputa, cada vez mais, com a máquina. O que era para ser um aliado (a máquina) passa a ser o grande inimigo (nos fazendo lembrar momentos vividos

¹¹⁰ BOSON, Mirna Savoi Silveira. Os novos sofrimentos do trabalhador: um enfoque no modelo de produção pós-fordista. *In*: VIANA, Márcio Túlio; TERRA, Luciana Soares Vidal; e SILVA JR, Décio de Abreu e (Coords.). **Direito do Trabalho & e trabalhadores sem direitos**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 151.

¹¹¹ O trabalhador parou ou diminuiu sua produção, troca-se por outro trabalhador mais jovem, com mais energia e rentável.

¹¹² PUC-MINAS. **Ênfase em Direito do Trabalho**. Anotações....

¹¹³ VIANA, **O Direito do Trabalho**:..., p.163.

durante a Primeira Revolução Industrial, quando o homem voltou-se contra as máquinas).

O uso de contrato a termo, da terceirização e da pejetização é cada vez mais freqüentes nas empresas¹¹⁴, para mascarar uma verdadeira relação empregatícia, alterando a forma, mas, não a essência (trabalho subordinado).

Conforme ilustra Márcio Túlio Viana:

As empresas atualmente tornaram-se mais horizontais e fisicamente menores, produzindo somente o necessário, enxugando ao máximo seu número de empregados, inovando seus produtos em alta velocidade, fazendo uso cada vez maior da automatização e organização em rede. No entanto, quase sempre, a redução é realmente apenas física, e mesmo assim relativa, pois as pequenas empresas que servem às grandes de certo modo lhes pertencem, já que se submetem-se aos seus desígnios. Palavras que ditam a empresa atual: competitividade, flexibilidade, consumo e conhecimento¹¹⁵.

Os produtos devem ser cada vez mais parecidos com os consumidores (que são os trabalhadores), mais individuais. Busca-se uma afinidade entre produto e consumidor. Aliás, não basta que o ser humano seja trabalhador, ele tem que ser ao mesmo tempo trabalhador e consumidor.

Diante dessas alterações ocorridas no mundo do trabalho, o ser humano fica cada vez mais desprotegido frente seu empregador, passando a preponderar a estratégia de tornar o trabalhador cada vez mais descartável, substituível, assim como os produtos que adquire (similaridade entre o trabalho e produto). Aumenta também o nível do estranhamento e da alienação do empregado, na medida em que este se vê cada vez mais afastado do modo de produção integral e da sua própria identidade.

Quanto à modificação do capitalismo (transição da posse para o uso), assevera Erich Fromm:

Há outras necessidades que diferem por exemplo, entre o capitalismo do século XIX e o contemporâneo. O primeiro preocupava-se ainda principalmente com a acumulação de capital, e, portanto com a necessidade de poupar; tinha de fortificar a disciplina e estabilidade pelos princípios autoritários na família, religião, indústria, Estado e Igreja. O caráter social da classe média do século XIX, era, sob muitos aspectos, precisamente o que podemos considerar uma tendência ao entesouramento. Abstenção do consumo, poupança e respeito pela autoridade foram não apenas virtudes, mas também satisfações para o membro médio da classe média; sua estrutura de caráter levou-o a fazer aquilo que para as finalidades de seu

¹¹⁴ PUC-MINAS. **Ênfase em Direito do Trabalho**. Anotações...

¹¹⁵ PUC-MINAS. **Ênfase em Direito do Trabalho**. Anotações...

sistema é totalmente diferente. A economia hoje baseia-se não na restrição do consumo, mas em seu desenvolvimento máximo. Nossa economia enfrentaria uma crise severa se o povo – os trabalhadores e a classe média – não despendesse maior parte de sua renda no consumo, poupando-a ao invés disso. O consumo tornou-se não apenas o objetivo apaixonado da vida da maioria das pessoas, mas também uma virtude. O consumidor moderno – o homem que compra a prazo – teria parecido um gastador irresponsável e imoral ao seu avô, tal como este há de parecer um avarento para seu neto. O caráter social do século XIX só se encontra hoje nas camadas mais atrasadas da Europa e América do Norte; ele pode ser definido como tendo por principal objeto a *posse*, enquanto o caráter social do século XX tem por finalidade o *uso*¹¹⁶.

Em época de crise econômica, as cessações coletivas ocorrem em maior volume, portanto, a importância da proteção ganha força contra esta modalidade que erradia seus efeitos maléficos por toda a sociedade diminuindo a circulação de riqueza.

A história comprova que o trabalho nunca contribuiu para as crises econômicas. – muito embora muitas vezes se tenha jogado a culpa em cima da classe trabalhadora. A última crise mundial ocorrida em 2008/2009, como se sabe, foi causada pelo próprio capitalismo financeiro – em outras palavras, pela ganância do próprio homem. Conforme nos ensina Jorge Luiz Souto Maior: “sua origem não está nos custos da produção, mas na desregulamentação do mercado financeiro e na falta de limitação das possibilidades de ganho a partir da especulação¹¹⁷”.

Conforme dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a crise econômica global de 2008/2009, criou no Brasil, 1,3 milhão de desempregados. Informou ainda o Instituto que a população desocupada (sem trabalho e procurando emprego) subiu para 8,4 milhões de pessoas entre 2008 e 2009, acarretando um aumento de cerca de 18,3%, maior taxa de elevação desde 2001. Com isso a taxa desemprego, saltou de 7,1,% em 2008 para 8,3% em 2009¹¹⁸.

Antes de ser usada como termo científico-social, a palavra “crise” era utilizada no meio médico, expressando o estágio de uma doença que impede o normal funcionamento do organismo humano, ou seja, que priva o ser humano de sua completude. Sob o ponto de vista sistêmico, a estrutura social de um sistema em crise não permite a manutenção de sua própria existência.

Por crise se entende algo eventual, passageiro e esporádico. Sendo do empregador o risco do negócio, não se pode transferi-lo aos empregados, que

¹¹⁶ FROMM, **Meu encontro com Marx e Freud**, p. 79.

¹¹⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Contra oportunismos e em defesa do direito social**.

¹¹⁸ Pesquisa publicada no Jornal Estadão de 08 nov. 2010.

nenhuma culpa têm, em épocas de turbulência. Pelo contrário, é no momento de crise que deve haver um verdadeiro pacto de superação entre empregado e empregador. Como diz um velho ditado popular: “*quem tá junto, tá junto ..*”.

As empresas somente podem romper coletivamente contratos de trabalho, em caso de extrema necessidade (que coloque em risco sua própria existência), pois, a hipótese de simples diminuição do lucro não enseja suporte fático (verdadeira causa) para uma cessação contratual coletiva. Na verdade, a diminuição de ganhos nada mais é que fato corriqueiro – e quase sempre cíclico - da vida econômica e faz parte do risco do negócio jurídico (que pertence exclusivamente ao empregador)

O trabalhador não pode sofrer sozinho, nem prioritariamente, as conseqüências daquilo que não deu causa, quer seja, uma crise econômica. Até mesmo porque é a parte fraca da relação.

Com a proteção mínima e ineficaz que é ofertada pelo ordenamento jurídico brasileiro contra a cessação contratual arbitrária individual e a não regulamentação no âmbito coletivo, o trabalhador quando tem violado um direito trabalhista, deixa de requerer em juízo o cumprimento das normas trabalhistas no curso do contrato de trabalho, com medo de ser mandado embora. Essa situação contribui (juntamente com a vantagem pecuniária) para que os empregadores descumpram os direitos trabalhistas, pois sabem que os empregados não recorrerão ao Poder Judiciário, tendo em vista o medo da retaliação, que nesse caso é a cessação contratual, com isso retira a efetividade das normas trabalhistas e contribui para a concorrência desleal entre os fabricantes.

O descumprimento espontâneo das normas trabalhistas, por parte de seus destinatários finais é um dos piores males que atinge o Poder Judiciário Trabalhista. Esta circunstância é muito bem lecionada por José Roberto Freire Pimenta:

O verdadeiro problema, pura e simplesmente, é o que o direito material trabalhista, no Brasil, tem um baixo índice de cumprimento espontâneo pelos destinatários de seus comandos normativos, muito menor do que qualquer ordenamento jurídico admite como tolerável”

Assim, quem perde além do trabalhador, é o próprio Direito do Trabalho, vez que, suas normas passam a ser violadas demasiadamente pelos empregadores, que por seu turno lucram cada vez mais ricos.

Diante de tal situação, os verdadeiros “clientes”, nos exatos moldes de Cappelletti e Garth, que são os empregados, ficam afastados do acesso à Justiça do Trabalho, que por seu turno deixa de irradiar seus efeitos sociais para um maior contingente de jurisdicionados.

As normas trabalhistas foram criadas para serem cumpridas, em grande parte, dentro do curso contratual, ou seja, seus verdadeiros “clientes” são os empregados e não os desempregados. Na Justiça do Trabalho a regra deveria ser os empregados, mas, na prática o que se vê são desempregados, o que era para ser regra virou exceção e vice-versa.

Por essas e outras, surgiu o dito popular: “a Justiça do Trabalho é a Justiça dos Desempregados”, porquanto somente após a cessação contratual o trabalhador (já desempregado) vai requerer seus direitos trabalhistas.

Afastar do empregado o acesso à Justiça do Trabalho (que é um dos ramos mais eficazes do Poder Judiciário brasileiro) não é certo e muito menos justo, prejudicando o próprio Direito do Trabalho em sua função social.

Inclusive, pode-se dizer que a situação acima demonstrada quanto ao desemprego no Brasil, só não está pior tendo em vista o papel desempenhado pela Justiça do Trabalho na efetividade das normas trabalhistas no curso contratual e o combate do desemprego, demonstrando aos empregadores através de seus julgados que os direitos trabalhistas devem ser cumpridos durante o contrato de trabalho, sob pena de um julgamento célere e eficaz. Em síntese: demonstram que não compensa descumprir os direitos trabalhistas.

Conforme demonstrando no presente capítulo, o Direito do Trabalho deve acompanhar as mudanças ocorridas no mundo do trabalho e no pensamento capitalista de produção, e assim ofertar aos trabalhadores uma proteção eficiente, capaz de proteger o ser humano (que é o centro convergente do Estado Democrático de Direito) contra a cessação contratual arbitrária, tanto no âmbito individual, como no coletivo. Assim, tanto os direitos fundamentais (regras e princípios fundamentais) estarão sendo efetivados, valorizando o ser humano e o trabalho, evitando-se o desemprego, além de tornar o Direito do Trabalho mais efetivo.

A proteção ineficaz ofertada pelo ordenamento jurídico brasileiro contra a cessação contratual arbitrária individual e a completa omissão de regras quanto à cessação contratual coletiva, sob a perspectiva freudiana podem ser consideradas como uma fonte de degradação humana. É que conforme Sigmund Freud os seres

humanos são ameaçados pelo sofrimento a partir de três fontes: o corpo próprio com suas fragilidades, e o destino inevitável à deterioração e à extinção; a natureza com seu poder superior e impiedoso de destruição; e a mais penosa, a relação entre os homens, suportadas por regras inadequadas que objetivam ajustar seus vínculos na família, no Estado e na sociedade¹¹⁹.

A atual situação que o trabalhador encontra-se em seu posto de trabalho se enquadraria nesta última hipótese de sofrimento psíquico postulada por Freud, pois oferecem ao trabalhador uma pseudo-segurança, ou seja, garantias – aviso prévio, multa rescisória por cessação contratual sem justa causa, seguro desemprego – mínimas, incapazes de suprimir a angústia provocada pela incerteza de um possível rompimento contratual arbitrário e inesperado.

A dita pós-modernidade apresenta uma peculiaridade que promove nos trabalhadores assalariados tensão psíquica próxima ao limiar do insuportável, ao tratá-los como objetos descartáveis, como uma peça de engrenagem no sistema capitalista de produção, em troca, são protegidos com uma indenização ineficaz.

Os empregadores não se importam em demitir um trabalhador que ao longo da vida acumulou benefícios salariais através dos “planos de cargos e salários” elaborados pelos departamentos de recursos humanos das empresas e homologados pelo Ministério do Trabalho, para contratar um jovem que perceberá salário inferior, intuindo com essa atitude aumentarem a lucratividade de seus negócios. Essa situação acaba estimulando a precarização do emprego (subemprego), trabalho análogos ao escravo e flexibilizações trabalhistas, que por sua vez são sustentadas pelo mercado de reserva de mão de obra (aqueles trabalhadores que estão a procura de empregos).

Por todo o exposto, para proteger o ser humano (trabalhador) deve haver no ordenamento jurídico brasileiro um direito capaz de garantir ao trabalhador um garantia (tanto individual, como, coletiva) em seu emprego, sob pena de nulidade da cessação arbitrária ou então uma indenização capaz de indenizar o trabalhador pela perda que sofreu ao ter sido retirado de seu posto de trabalho (sua própria sobrevivência).

¹¹⁹ FREUD, Sigmund. **O mal estar na civilização**. 4. ed. São Paulo: Zahar Editores, 1959, *passim*.

3 DO CONTRATO

Tendo em vista que o objeto desta dissertação é a cessação contratual coletiva trabalhista brasileira, torna-se obrigatória uma análise sobre a figura jurídica do contrato de trabalho. Até mesmo porque essa modalidade de cessação é caracterizada justamente pelo rompimento contratual trabalhista, de forma massiva.

Mas, antes da análise de como que o contrato de trabalho vem sendo analisado, interpretado e cessado na atualidade, é necessário que seja feito um estudo histórico da figura jurídica do contrato em geral, até chegar a figura do contrato de trabalho.

Durante a antiguidade, aproximadamente em 27 a. C, na vigência do Império Romano que surgiu a figura do contrato: “O Direito Romano estruturou o contrato, e todos os romanistas a ele se reportavam sobre a base de um acordo de vontades a respeito de mesmo ponto¹²⁰”.

Nesta época, “havia o gênero *conventio*, no qual se distinguiam as espécies *contractus* e *pactum*¹²¹”.

A espécie *contractus* (contratos) surgiu primeiramente e possuía três formas: *verbis*, *re* ou *litteris*, e possuíam força de ação. Conforme sustenta Caio Mário da Silva Pereira:

“Primitivamente, eram as categorias de contratos *verbis*, *re* ou *litteris*, conforme o elemento formal se ostentasse por palavras sacramentais, ou pela efetiva entrega do objeto, ou pela inscrição no *codex*”.

No mesmo sentido, César Fiuza:

Os *contractus*, inicialmente, não podiam existir sem uma exteriorização de forma, e somente três categorias eram utilizadas: *litteris*, que exigiam a inscrição material no livro do credor; *re*, que demandavam a tradição efetiva da coisa, e *verbis*, que se validavam com a troca de expressões orais estritamente obrigacionais”. Em tais categorias, o credor podia exigir o cumprimento da avença através de uma ação¹²².

¹²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 8.

¹²¹ FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 394.

¹²² FIUZA, **Direito Civil**:..., p. 394.

Caso as formas obrigatórias não fossem obedecidas, os contratos não eram válidos, “para a formação da obrigação contratual, não bastava o acordo de vontade das partes sobre um determinado objeto, era imprescindível a observância da forma sagrada¹²³”.

Posteriormente foi criada a segunda espécie, quer seja, o *pactum* (pacto), conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira:

“Somente mais tarde, com a atribuição de ação a quatro pactos de utilização freqüente (venda, locação, mandato e sociedade), surgiu a categoria dos contratos que se celebravam *solo consensu*, isto é, pelo acordo das vontades”¹²⁴.

Quanto aos pactos, sintetiza César Fiuza:

Com a atribuição de ação a quatro pactos de utilização freqüente – venda, locação, mandato, sociedade –, surgiu a categoria dos contratos que se celebravam *solo consensu*, isto é, pelo acordo de vontades, pela convenção. Somente existiam esses quatro contratos consensuais¹²⁵.

Os únicos pactos que tinham força de ação eram os de venda, locação, mandato e sociedade. Os demais o pactos não possuíam força de ação, significa dizer, que quando um dos contratantes não cumprisse o pactuado o outro não podia obrigar a outra parte a cumprir o negociado e nem requerê-lo em juízo.

Ou seja, muito embora esses quatro instrumentos fossem considerados *pactos*, possuíam força de contratos, podendo o credor exigir judicialmente que devedor cumprisse o pactuado.

Conforme o demonstrado, o gênero *conventio* era constituído por duas espécies, de um lado o *pactum*, composto pelos quatro pactos, e, do outro, os *contractus*, através de uma das formas previstas (*litteris, re, ou verbis,*), sendo que ambas possuíam força de ação.

Importante destacar, que enquanto que no *pactum* a vontade das partes que prevalecia sobre a forma, vez que, no *contractus* o que importava era a formalização.

Neste momento histórico, o pacto de locação (*locatio conducto rei*) regulava as relações de trabalho e contribuirá para o surgimento do contrato de trabalho, conforme lecionado por Arnaldo Süssekind:

¹²³ FIUZA, **Direito Civil**:..., p. 395.

¹²⁴ PEREIRA, **Instituições de Direito Civil**, p. 8.

¹²⁵ FIUZA, **Direito Civil**:..., p. 395.

O Direito Romano partiu da figura jurídica do arrendamento da coisa (*locatio conducto rei*) para aplicá-la, como obrigação de fazer, às duas formas usuais da contratação do trabalhador livre: a) para execução de determinada obra (*locatio conductio operis*); b) para prestação de serviços em favor do contratante (*locatio conductio operarum*)¹²⁶.

Detalha que:

Na *locatio operis*, gênese do contrato de empreitada, o contratado obrigava-se a executar e entregar certa obra ao contratante, dele recebendo o preço fixado. O objeto do contrato era, portanto, um resultado, cabendo o contratado ao risco da sua execução¹²⁷.

E por fim:

Na *locatio operarum*, que gerou o contrato de trabalho, o trabalhador obrigava-se a prestar serviços ao contratante, de quem recebia remuneração ajustada por unidade de tempo. O objeto do contrato era, pois uma atividade, cabendo ao contratante o risco do empreendimento¹²⁸.

Fazendo um breve estudo comparativo com a atualidade, percebe-se que no Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho, reconheceu a importância de ambas as figuras criadas no Direito Romano (*locatio operarum e locatio operis*). Tanto é que se por um lado o contrato *locatio operarum* foi o nascedouro do contrato de trabalho (regulamentando as relações de emprego), lado outro, conclui-se que o contrato *locatio operis*, deu origem o contrato de empreitada, normatizado no art. 652 da Consolidação das Leis do Trabalho, possibilidade quando o empreiteiro que assume os riscos da obra e recebe de uma forma global, devendo por sua responsabilidade contratar tanto os trabalhadores, bem como, o fornecimento do material¹²⁹.

Já na Idade Média (476 d. C. – 1453 d. C), o formalismo previsto pelos romanos diminuiu, mas é mantida a sua necessidade, dentre elas um juramento (com motivos religiosos). Urge mencionar, que o enfoque dado à declaração de vontade e ao próprio consentimento, passou a receber uma maior importância.

¹²⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21. ed. atualizada por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2003. v.1, p. 35.

¹²⁷ SÜSSEKIND, **Instituições de Direito do Trabalho**, v.1, p. 35.

¹²⁸ SÜSSEKIND, **Instituições de Direito do Trabalho**, v.1, p. 35.

¹²⁹ Importante destacar, que antes mesmo da Emenda Constitucional 45, que ampliou de forma substancial a competência da Justiça do Trabalho, já era da alçada desta Justiça Especializada a prestação jurisdicional acerca das lides relacionadas ao contrato de empreitada, por expressa previsão legal do art. 652 da CLT.

Nesse sentido leciona César Fiuza:

Nesse período, o contrato começa a se estabelecer como instrumento abstrato, pois se confere força obrigatória às manifestações de vontade, sem os formalismos exagerados do Direito Romano. Some-se a isso o costume de se introduzir um juramento, com motivos religiosos, a fim de atribuir força as convenções. Tal prática valorizou a declaração de vontade e o próprio consentimento¹³⁰.

Durante a Idade Moderna (1453 d. C – 1789 d. C), ocorreu à formação do Estado absolutista, com a instalação das monarquias nacionais em Portugal, Espanha, Inglaterra e outros países europeus, bem como, a expansão marítima e colonial ibérica e depois de outras nações européias. Destacam-se ainda movimentos como o Renascimento, ligado a arte e a intelectualidade; a Reforma Religiosa de 1519, chefiada por Martinho Lutero; a Revolução Inglesa realizada 1640 até 1688, quando colocou fim ao absolutismo; a Revolução Industrial do século XVIII, a Independência das 13 Colônias (Estados Unidos da América) ocorrida em 1776 e a Revolução Francesa de 1789.

Importante destacar, que com a ocorrência da Primeira Revolução Industrial em 1775, quando James Watt aprimorou a máquina a vapor, as manufaturas e as Corporações de Artes e Ofícios passaram a crescer ao ponto de se transformarem em empresas, fábricas, necessitando de maior número de operários, tornando-se necessária que essa contratação ocorresse de forma livre, sem a não intervenção do Estado.

No final da Idade Moderna, e no início da Idade Contemporânea (1789 d. C até a presente data), com o surgimento do Estado Liberal de Direito, a distinção entre os pactos e os contratos perdeu a importância: “especialmente depois da obra de Savigny, que afasta a distinção entre pacto e contrato, aproximando-os em sinonímia que o direito moderno traz quase perfeita¹³¹”.

A partir de então os pactos passaram a representar e ser considerados, como contratos.

Neste momento a figura do contrato ganha força, até mesmo devido à postura liberal do Estado, não intervindo nas relações intersubjetivas, que eram pautadas pela liberdade das partes em negociar. No mundo moderno, os contratos passaram

¹³⁰ FIUZA, **Direito Civil**:..., p. 398.

¹³¹ PEREIRA, **Instituições de Direito Civil**, p. 9.

a reger quase que todas as práticas humanas, passando a ser um instrumento de grande importância nas sociedades, até mesmo pelo caráter ausenteista estatal. O Estado Liberal de Direito, teve como grandes pensadores John Locke e Adam Smith.

Após o Estado Liberal de Direito, surge Estado Social de Direito, mudando a postura do Estado perante seus jurisdicionados, passando ser promotor de determinadas políticas sociais, dentre elas a criação de um direito para os trabalhadores, denominado como Direito do Trabalho.

Ficou constatado durante a vigência do Estado Liberal, que as pessoas não eram iguais e portanto não podiam receber o mesmo tratamento, assim como não podiam livremente negociar, vez que, a vontade do possuidor do capital (meios de produção) preponderava sobre a vontade daquele que era despossuidor. Oportuno recorrer aos ensinamentos de Rosemary de Oliveira Pires: “Aonde não existe igualdade, não há liberdade¹³²”.

E, para diminuir essa diferença, o Estado surgia como interventor, criando normas trabalhistas aplicáveis a todos da sociedade.

Os contratos trabalhistas surgidos a partir de então poderiam ser pautados pela manifestação volitiva das partes (empregado e empregador), mas tinham que respeitar as normas trabalhistas de caráter público e obrigatórias criadas pelo Estado, sob pena de não validade.

Nesse sentido leciona Lorena Vasconcelos Porto:

O Estado deve atuar, assim, positivamente e ampliar suas atribuições, seja regulamentando a iniciativa privada, seja fomentando-a e vigiando-a, seja substituindo-a em benefício do interesse coletivo. Somente desse modo é possível alcançar uma melhor repartição da riqueza e do poder, uma maior justiça social, que estão na base do bem-estar da sociedade. É nesse sentido que deve ser compreendida a criação do Direito do Trabalho. O surgimento desse ramo jurídico marca a transição do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, o qual visa alcançar a igualdade real ou substancial¹³³.

O Estado Social de Direito foi derrocado, dentre os motivos, pela insuficiência dos Estados em manter as políticas públicas pregadas por esta modalidade estatal. Surge então o Estado Democrático de Direito, pregando os direitos coletivos (gênero) ou metaindividuais.

¹³² Lição passada por Rosemary de Oliveira Pires, durante as aulas de Pós Graduação na Universidade Federal de Minas Gerais, ministradas pelo Professor Antonio Álvares da Silva.

¹³³ PORTO, **A subordinação no...**, p. 29.

Na atualidade, quase todas as práticas humanas são regulamentadas via contrato, “o mundo moderno é mundo do contrato¹³⁴”.

A importância do contrato é tamanha em na sociedade atual que “é o contrato que proporciona a subsistência de toda a gente. Sem ele, a vida individual regrediria, a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários¹³⁵”.

Por contrato pode-se entender: “um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos¹³⁶”.

Para César Fiuza, contrato é:

Contrato é ato jurídico lícito, de repercussão pessoal e socioeconômica que cria, modifica ou extingue relações convencionais dinâmicas, de caráter patrimonial, entre duas pessoas, que, em regime de cooperação, visam atender desejos ou necessidades individuais ou coletivas, em busca da satisfação pessoal, assim promovendo a dignidade humana¹³⁷.

E no que tange aos objetivos do contrato, destacam-se: o econômico, pedagógico e social.

Pela função econômica entende-se como aquela que “auxilia a circulação de riqueza, assim como, distribui renda e geram empregos¹³⁸”.

A função pedagógica é existencial tendo em vista que permite a aproximação dos homens. Conforme leciona César Fiuza: “as cláusulas contratuais dão aos contratantes noção de respeito ao outro e a si mesmo, visto que, afinal, empenharam sua própria palavra¹³⁹”.

E quanto à função social, é aquela que regula a conduta humana, ofertando à sociedade uma relativa (ou presumida) segurança jurídica¹⁴⁰.

¹³⁴ PEREIRA, **Instituições de Direito Civil**, p. 10.

¹³⁵ PEREIRA, **Instituições de Direito Civil**, p. 10.

¹³⁶ PEREIRA, **Instituições de Direito Civil**, p. 7.

¹³⁷ FIUZA, **Direito Civil**:..., p. 392.

¹³⁸ FIUZA, **Direito Civil**:..., p. 398.

¹³⁹ FIUZA, **Direito Civil**:..., p. 398.

¹⁴⁰ Diz-se relativa ou presumida vez que, a simples formalização de um contrato, não significa necessariamente que as partes irão cumpri-lo. A distância entre o negociado e o cumprido existe e é real. Tanto é que nosso ordenamento jurídico, prevê ações específicas para o cumprimento de um contrato, sem a necessidade da cognição probatória na seara do conhecimento

3.1 Do contrato de trabalho

Conforme estudado ao longo do estudo histórico do contrato, o mesmo passou a não somente ser utilizado na seara civil das pessoas, bem como, em quase todas as práticas humanas, como por exemplo: o casamento envolve um contrato, a administração pública pactua contratos constantemente a relação de consumo é pautada pelo contrato, os trabalhos são regidos por contrato de trabalho e por aí vai.

Para regulamentar as relações de trabalho, surgiu o contrato de trabalho, que embora terminologia genérica (fazendo menção ao gênero), regulamenta todas as espécies, dentre elas, a relação de emprego.

No mesmo sentido, leciona José Martins Catharino:

O contrato de trabalho diz respeito ao gênero, trabalho, que atinge toda atividade humana direcionada, enquanto que o contrato de emprego, regulamenta somente uma das atividades humanas, a relação de emprego, uma das espécies do gênero¹⁴¹.

Amauri Mascaro Nascimento, leciona:

Uma das classificações dos contratos de trabalho leva em conta a natureza e a finalidade dos mesmos: a) contrato de emprego a tempo pleno e duração indeterminada que é o tipo padrão; b) contratos especiais de emprego resultando a especialidade de fatores diversos como a duração no tempo, a duração da jornada de trabalho e a profissão exercida pelo empregado; c) contratos flexíveis de emprego que são os que rompem com os padrões tradicionais; d) contratos de formação profissional, que são os de tirocínio e de aquisição de experiência profissional; e) contratos de trabalho sem vínculo de emprego, como o trabalho eventual, autônomo e outros¹⁴².

Conforme percebido a terminologia, contrato de trabalho deveria ser utilizada para regulamentar as relações de trabalho. Mas, atualmente na prática popular, essa nomenclatura é usada de forma inadequada para referir-se ao contrato que envolve uma relação de emprego. Quem sabe o adequando não seria usar a expressão contrato de emprego, para os instrumentos que regulamentam uma relação

¹⁴¹ CATHARINO, José Martins. **Contrato de emprego**. Guanabara: Edições Trabalhistas, 1965, p. 39.

¹⁴² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. O Debate sobre ações oriundas da relação de trabalho. **Revista LTr**, v. 74, n. 02, p. 215-315, fev. 2010, p. 135.

empregatícia. Quanto ao contrato de trabalho, direcionado à relação de emprego, Arnaldo Süssekind, ensina:

No Brasil, tendo em conta o disposto nos arts. 2 e 3 da CLT, o contrato individual de trabalho pode ser definido como o negócio jurídico em virtude do qual um trabalhador, obriga-se a prestar pessoalmente serviços não eventuais a uma pessoa física ou jurídica, subordinado ao seu poder de comando, dele recebendo os salários ajustados¹⁴³.

Alice Monteiro de Barros, entende que:

O contrato de trabalho é o acordo expresso (escrito ou verbal) ou tácito firmado entre uma pessoa física (empregado) e outra pessoa física, jurídica ou entidade (empregador), por meio do qual o primeiro se compromete a executar, pessoalmente em favor do segundo um serviço de natureza não-eventual, mediante salário e subordinação jurídica. Sua nota típica é a subordinação jurídica. É ela que irá distinguir o contrato de trabalho dos contratos que lhe são afins e, evidentemente, o trabalho subordinado do trabalho autônomo¹⁴⁴.

A importância do contrato de trabalho (direcionado à relação de emprego) é tamanha que até a presente data existe o estudo acerca de sua natureza jurídica. Nesse caminhar, surgiram duas correntes doutrinárias, sendo elas: *anticontratualistas* e os *contratualistas*¹⁴⁵.

A primeira corrente entende que não é possível haver livre manifestação de vontade entre duas partes antagônicas (empregador e empregado). O empregado é a parte fraca, porque não possui as mesmas condições para estipular cláusulas pelas quais um futuro contrato de trabalho se regerá, pois, se não há igualdade, não há liberdade para negociar.

A segunda corrente, contratualista, entende que existe liberdade individual das partes, na condição equiparada do empregador e empregado ao estipularem o contrato de trabalho.

Muito embora seja de grande importância a discussão entre a natureza jurídica do contrato de trabalho (emprego), até a presente data a doutrina não possui um entendimento dominante, permanecendo assim uma verdadeira insegurança quanto ao tema.

¹⁴³ SÜSSEKIND, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 235.

¹⁴⁴ BARROS, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 232.

¹⁴⁵ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do Trabalho: a relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2008. v.II, p. 19.

O art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho prevê que o contrato de trabalho que pode ser verbal, tácito ou expresso, enquanto que os arts. 2º e 3º, do mesmo diploma legal, estabelecem os requisitos legais (elementos fáticos-jurídicos) para a caracterização de uma relação empregatícia, sendo eles: trabalho prestado por pessoa física, pessoalidade, onerosidade, habitualidade e subordinação.

Pessoalidade significa que o trabalho a ser prestado deve ser executado pela pessoa contratada e não pode outra.

Por onerosidade, deve ser entendido que deve haver uma contraprestação em espécie pelo empregador, quer seja, havendo trabalho, deve haver pagamento.

Habitualidade importa em prestação de trabalho de forma habitual e constante, não significando trabalho diário e sim não eventual.

E por subordinação pode-se entender pela disponibilidade do empregado ao empregador (tempo à disposição), bem como, o controle na execução dos serviços¹⁴⁶. É a subordinação que legitima a venda da liberdade do trabalhador pelo salário.

Sendo assim, presentes os requisitos previstos em lei (elementos fáticos-jurídicos), estará caracterizada uma relação empregatícia, independentemente se o contrato foi pactuado expressamente ou não. O que importa é a existência desses elementos na realidade. Preenchidos os requisitos, o trabalhador fará *jus* aos direitos trabalhistas previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Os princípios do contrato de trabalho, aplicáveis à relação de emprego, são:

- a) Normas cogentes, dotadas de interesse social e para regulamentar o labor humano.
- b) Consensual, pois sua validade não está vinculada a forma prescrita em lei, podendo até mesmo ser pactuado de forma oral ou de forma tácita.
- c) Personalíssimo, tendo em vista que vincula a pessoa individual do empregado, cabendo a ele a execução das tarefas ajustadas.
- d) Sinalagmático, porquanto as duas partes adquirem obrigações: o empregado em estar a disposição do empregador, e este em passar aquele serviços e pagá-lo.

¹⁴⁶ Para um estudo mais profundo da subordinação, recomenda-se a leitura da obra, A Subordinação no Contrato de Emprego: Desconstrução, Reconstrução e Universalização do Conceito Jurídico, de Lorena Vasconcelos Porto.

- e) Subordinativo, o empregado passa a ficar subordinado ao poder de comando do empregador.
- f) Trato sucessivo, a regra os contratos de trabalho é por prazo indeterminado, possuindo caráter contínuo. Quanto a este princípio leciona Márcio Túlio Viana:

Neste capítulo foi feito um estudo acerca do surgimento da figura do contrato, chegando até o contrato de trabalho, mais especificamente à modalidade pertinente à relação de emprego e por fim foram estudados os elementos fáticos jurídicos desta relação, bem como, os princípios aplicáveis à esta modalidade de contrato.

4 A PROTEÇÃO JURÍDICA E O INCENTIVO OFERTADO AO EMPREGO

Inicialmente cabe destacar que a proteção e o incentivo ao emprego, são feitos tanto no âmbito jurídico como econômico, através de três dimensões: macroeconômica, microeconômica e jurídica. Conforme ensina Antonio Álvares da Silva¹⁴⁷:

Quanto à primeira:

a) Dimensão Macroeconômica: através do fortalecimento da economia, incentivando a contratação e criando meios de permanente ampliação da atividade produtiva através de políticas governamentais: crédito ao microempresário e às empresas em geral, prêmios e incentivos à livre iniciativa, e tudo mais que se possa fazer para garantir a existência de uma economia saudável¹⁴⁸.

No que tange à segunda:

b) Dimensão Microeconômica: favorecendo a relação de emprego, através de política fiscal, tornando menos onerosa a incidência de tributos, diminuindo a incidência tributária em relação ao empregador que dispensa menos, criando um sistema de prêmios para as categorias que mais empregam e assim por diante¹⁴⁹.

E por fim a terceira:

c) Dimensão Jurídica: estabelecendo regras e restrições para a dispensa. Esta última fase acontece no Direito do Trabalho e constitui o principal objetivo do Direito Individual do Trabalho¹⁵⁰.

A proteção e o incentivo ao emprego na área econômica são de grande importância, assim como, na área jurídica. A junção desses dois aspectos, formam um complexo protetivo e incentivador ao emprego.

A importância do trabalho e da empresa na economia brasileira é tamanha que preceitua o art. 170 da Constituição da República de 1988, que “a ordem

¹⁴⁷ SILVA, *Revista LTr*, 73, p. 652.

¹⁴⁸ SILVA, *Revista LTr*, 73, p. 652.

¹⁴⁹ SILVA, *Revista LTr*, 73, p. 652.

¹⁵⁰ SILVA, *Revista LTr*, 73, p. 652.

econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna¹⁵¹”.

Fomentando o emprego, através de incentivo as empresas, a economia estará sendo fortalecida, vez que, estará sendo aumentada tanto a produção, como o consumo (pois os trabalhadores poderão adquirir bens e produtos).

Nessa diretriz argumenta Antonio Álvares da Silva:

Como o trabalhador também é consumidor do que produz através da empresa, estendendo este consumo a própria família, estabelece-se o círculo de produção-consumo que, em se giro, garante os valores econômicos necessários à sustentação de todas as estruturas em que se apóia o Estado para dirigir a sociedade¹⁵².

Guardadas as proporções no campo econômico, não será nesta área que o presente trabalho será feito. Até porque este estudo é uma dissertação de Mestrado, na área do Direito do Trabalho. Sendo assim, será feita à análise do incentivo e da proteção ao trabalho e ao emprego no âmbito jurídico.

Diversas normas constitucionais incentivam e protegem o trabalho, além do artigo acima mencionado, destacam-se também os artigos 1º, IV (fundamento da República do Brasil), 7º a 10º (direitos fundamentais trabalhistas) e 193 (a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem estar e a justiça social), todos da Carta Magna.

E, especificamente quanto ao emprego, a proteção constitucional que recebeu foi tamanha, que o inciso I, do art 7º, da Constituição da República de 1988, proíbe a cessação individual arbitrária ou sem justa causa. Através dessa vedação, percebe-se que o legislador brasileiro concedeu à relação de emprego o caráter de continuidade, não podendo ser rompida por uma única vontade do empregador.

A proteção contra a cessação arbitrária é muito importante tanto para as partes envolvidas na relação de emprego (empregado-empregador), como para toda a sociedade. Perdurando sobre o tempo que essa relação irá produzir seus efeitos sociais.

Essa proteção é tão importante, que pode ser considerado como um dos direitos trabalhistas mais importantes, sendo capaz inclusive de retirar do Direito do

¹⁵¹ BRASIL. **Constituição de República de 1988.**

¹⁵² SILVA, **Revista LTr**, 73, p. 651.

Trabalho sua função social e sua principal característica: a protecionista. Tanto é que Antonio Álvares da Silva, argumenta:

Desproteger a relação de emprego e liberar a dispensa é desfigurar o Direito do Trabalho e esvaziar-lhe a função social, transformando-o num mero contrato, que pode ser rescindido segundo a motivação do empregador, sem qualquer consideração ao elemento social e protetor que sempre caracterizou a essência das relações de trabalho desde a revolução industrial¹⁵³.

Pode-se entender que esta proteção parte de três premissas: da não igualdade entre as partes contratantes, do reconhecimento de que esta relação deve ser feita de forma contínua e da importância dessa relação para toda sociedade (caráter social desta relação).

Quanto à continuidade, oportuno salientar o ensinamento de Jorge Luiz Souto Maior “A relação de emprego, uma vez formada, tem, com visto, a tendência de perdurar no tempo, vez que uma de suas características é a continuidade da prestação de serviços¹⁵⁴”.

Nesse sentido, a Constituição da República de 1988, tratou de proteger a relação de emprego quanto ao cumprimento do contrato pactuado e proíbe expressamente seja cessado de forma individual e arbitrária ou sem justa causa, muito embora até a presente data não tenha elaborado a lei complementar e os outros direitos, que seriam as sanções para aquele que praticasse um rompimento contratual individual trabalhista¹⁵⁵.

Cabe destacar, que inexistente no ordenamento jurídico brasileiro norma que conceitue e regule a cessação contratual coletiva, ficando os trabalhadores brasileiros desprotegidos contra tal modalidade de rompimento contratual.

O trabalho acompanhou o ser humano ao longo de sua evolução, desde os tempos pré-históricos até a presente data, bem como, contribuiu para a formação da sociedade, sendo até mesmo a premissa de qualquer sistema socioeconômico, conforme lecionou Karl Marx.

É impossível separar o trabalho, daquele quem o realizou. O ser humano e o trabalho podem ser considerados faces da mesma moeda.

¹⁵³ SILVA, **Revista LTr**, 73, p. 652.

¹⁵⁴ SOUTO MAIOR, **Curso de Direito do Trabalho**:..., p. 430.

¹⁵⁵ Não se pode esquecer, da existência da multa prevista no art. 10, do ADCT, para hipótese de dispensa individual trabalhista arbitrária.

O país que valoriza o trabalho na forma da espécie, relação de emprego, não apenas estimula o acesso do trabalhador ao mesmo, mas, o protege contra a cessação contratual arbitrária, tanto na dimensão individual, como na coletiva. Assim estará ofertando a todos seus jurisdicionados uma segurança jurídica contra decisões desmotivadas por parte do empregador.

Desproteger o trabalhador contra a cessação contratual arbitrária, tanto de forma individual, como de maneira coletiva, é facilitar o desemprego (um problema mundial nos presentes dias), que por seu turno é ao mesmo tempo, um fato gerador e uma conseqüência. É fato gerador porque gera o subemprego, e, uma conseqüência porque é uma forma de exclusão social.

Sendo assim, o desemprego pode ser analogicamente comparado ao deus da Mitologia, “Cabeça de Jano”, representação mítica que é simbolizada através de duas faces, uma virada para frente e outra para trás, sugerindo uma vigilância constante, ou simbolizando sua sabedoria como conhecedor do passado e adivinho do futuro.

Quanto ao caráter de fato gerador do desemprego, pode ser resumido a uma simples dialética: “o medo de desemprego, gera o subemprego”.

O subemprego criado pelo desemprego deve ser visto sob dois turnos: O primeiro diz respeito quando o trabalhador desempregado aceita o subemprego por questões de necessidade (sobrevivência), afinal, ou aceita ou morre de fome, caso seja despossuído de capital. O segundo turno tange ao subemprego criado no curso do contrato, através de alterações contratuais unilaterais e prejudiciais ao obreiro, que nada reclama com medo de ter cessado arbitrariamente seu contrato de trabalho e assim se tornar mais um desempregado. A relação que no início era de emprego passa a ser de subemprego.

E quanto ao fato do desemprego representar uma forma de exclusão social (conseqüência), também deve ser observado sob dois turnos.

O primeiro é que quando ocorre uma cessação contratualmente arbitrária, o trabalhador não é afetado apenas patrimonialmente, mas, sim socialmente, pois não irá mais exercer as práticas diárias que vinha exercendo, perdendo o contato com as pessoas com quem se relacionava e que passaram a fazer parte de sua vida, parte do seu dia a dia e do seu cotidiano. Com essa perda, até arrumar outro emprego, o trabalhador passa a viver à margem da sociedade e do Estado.

O outro turno a ser observado do desemprego como a exclusão social é quando o trabalhador que perdeu seu emprego, após um tempo desempregado, resolve então trabalhar no mercado informal e por conta própria, dentro daquele grupo de trabalhadores considerados como invisíveis, não sendo enxergados pela sociedade no dia a dia, e muito menos pelo Estado. São os ditos trabalhadores sem direito! Dentre esses trabalhadores que são excluídos da sociedade e da proteção estatal destacam-se os catadores de latinha, as garotas de programa, os hippies, artesões, vendedores de picolés, cachorro quente, hambúrguer, balas e chicletes nos semáforos, coco, cerveja, flanelinhas, camelos, os artistas de rua, feirantes, comércios paralelos, sportistas armadores e etc.

O desemprego deve ser combatido através de políticas públicas e normas jurídicas, dentre elas: a proteção contra a cessação contratual arbitrária, tanto na seara individual, com na coletiva. Por isso, diversos países criaram normas efetivas contra a cessação arbitrária tanto no âmbito individual, como, no coletivo, tornando-se estas proteções uma tendência mundial, conforme estudado no presente trabalho.

Fazendo um estudo estrangeiro, constata-se que na Alemanha, Noruega, Irlanda, Nova Zelândia, Canadá, Espanha, Holanda, Inglaterra, Itália, França, Quênia, Congo, Índia, México e Panamá, prevêem em seus respectivos ordenamentos jurídicos a possibilidade de nulidade da cessação arbitrária individual, sob pena de reintegração ou uma indenização proporcional ao dano sofrido pelo empregado que teve seu contrato cessado imotivadamente e corolário sua sobrevivência (e não raro de sua família).

Lado outro, quanto à cessação coletiva, países como Alemanha, Itália, Espanha, França, Holanda, Argentina, Portugal e Inglaterra, regulamentam em seu respectivo ordenamento jurídico em quais ocasiões pode ocorrer e de que forma deve ser realizada, sob pena de nulidade e reintegração dos trabalhadores.

A proteção contra a cessação contratual arbitrária é uma tendência mundial, porquanto, desproteger o emprego é facilitar o desemprego, que por seu turno é sinônimo de exclusão social e subemprego.

5 O PROBLEMA CONCEITUAL DO ROMPIMENTO CONTRATUAL TRABALHISTA

5.1 A correta nomenclatura

Antes do estudo das espécies e subespécies de rompimento contratual trabalhista, é necessária uma reflexão quanto à adequada terminologia, tendo em vista que os doutrinadores brasileiros não utilizam a mesma expressão para o gênero, rompimento contratual trabalhista.

Quanto a essa pluralidade de nomenclaturas, leciona Jorge Luiz Souto Maior:

O autor citado, acatando terminologia utilizada pela OIT, denomina o tema de “terminação” do contrato de trabalho, Délio Maranhão trata da “extinção” do contrato de trabalho, Octavio Bueno Magano, seguindo Evaristo de Moraes Filho, refere-se à cessação do contrato de trabalho¹⁵⁶.

Arnaldo Süssekind, fazendo uso da terminologia terminação, ensina:

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) emprega a palavra rescisão como abrangente de todas as hipóteses de terminação do contrato individual do trabalho. E o termo popularizou-se, tendo sido adotado, a partir de então, por nossa legislação social-trabalhista. No cotidiano das relações entre empregadores e empregados, é corriqueiro o uso das expressões “despedida” ou “dispensa”. A OIT refere “terminação” como gênero que compreende diferentes espécies indicadores do fim da relação de emprego¹⁵⁷.

Cabe destacar, que Orlando Gomes e Elson Gottschalk, denominam usam o termo dissolução¹⁵⁸.

Evaristo de Moraes Filho, por seu turno, sintetiza:

Apesar da confusão terminológica que reina neste assunto, com a melhor doutrina, o vocábulo *cessação* (ou *dissolução*) como o mais consentâneo para significar o desaparecimento do contrato de modo geral, em qualquer de suas modalidades, abrangendo-as todas. É a expressão genérica,

¹⁵⁶ SOUTO MAIOR, *Curso de Direito do Trabalho*:..., p. 430.

¹⁵⁷ SÜSSEKIND, *Curso de Direito do Trabalho*, p. 343.

¹⁵⁸ SÜSSEKIND, *Curso de Direito do Trabalho*, p. 343.

neutra, total, dentro da qual se incluem todas as espécies particulares que levam à solução ou ao fim do contrato¹⁵⁹.

Demonstrada a não uniformidade dos doutrinadores brasileiros quanto à nomenclatura para o gênero rompimento contratual trabalhista, com a devida *vênia* aa demais correntes, entende-se que a terminologia adequada é aquela utilizada por Evaristo de Moraes Filho e que vem sendo mencionada por Jorge Luiz Souto Maior, que por seu turno ensina:

Embora reconhecendo que tenha sido consagrada na prática a expressão “rescisão de contrato de trabalho” para designar quaisquer das hipóteses em que a relação de emprego deixa de existir no mundo fático, uma vez que fora negada a origem contratual do vínculo, será utilizado o termo “cessação” a relação de emprego, para se referir, genericamente, às situações em que a relação de emprego deixa de existir¹⁶⁰.

Justifica o uso da nomenclatura *cessação*, lecionando:

Importante, ainda, esclarecer que as demais expressões utilizadas para designar situações específicas da relação de emprego serão propositalmente abandonadas, mesmo sabendo-se que tenham sido mencionadas na própria lei e já tenham até se incorporado ao cotidiano das lides trabalhistas, isto porque traduzem idéias discriminatórias, reflexo cultural de um país que conviveu durante quase 400 anos de sua história com regime de escravidão.¹⁶¹

E, termina seus ensinamentos argumentando:

Ora, quando o empregador cessa o vínculo por sua vontade diz-se que houve uma “dispensa” do empregado, o que denota a idéia de “jogar fora”, de excluir, que se incorporou na expressão popular, “mandar embora”. O empregado é “mandado embora” e o próprio empregado diz, “fui mandado embora”. Por outro lado, quando o vínculo é cessado pelo empregado, refere-se ao fenômeno como uma expressão muito menos grave. Denomina-se a hipótese de “pedido de demissão”, como se a cessão do vínculo dependesse de um “pedido” do empregado seguido da “aceitação” do empregador. Assim, o empregado não consegue “dispensar” o empregador, pois a cessação só se dá porque o empregador aceitou o pedido, complementando, assim, o seu ato de “favor” quando admitiu o empregado¹⁶².

¹⁵⁹ MORAES FILHO, Evaristo de. **A justa causa na rescisão do contrato de trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 13.

¹⁶⁰ SOUTO MAIOR, **Curso de Direito do Trabalho**:..., p. 432.

¹⁶¹ SOUTO MAIOR, **Curso de Direito do Trabalho**:..., p. 432.

¹⁶² SOUTO MAIOR, **Curso de Direito do Trabalho**:..., p. 432.

Coadunando com Evaristo de Moraes Filho e Jorge Juiz Souto Maior, para o presente estudo, está sendo utilizada a nomenclatura cessação trabalhista como gênero para o rompimento contratual trabalhista.

Diante do exposto, pode-se concluir a diferença da liberdade contratual existente entre as partes contratantes no Direito do Trabalho: ao passo que o ato de cessar o contrato pertence única e exclusivamente ao empregador e deve possuir um justo motivo, e quanto ao empregado, este pode informar sua demissão sem qualquer justificativa, independente da anuência do empregador.

A importância dessa diferença é tamanha, que pode ser até mesmo considerada como premissa para a proteção que o emprego recebe na presente data. É o que leciona Renato Rua de Almeida:

O estudo do regime geral da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa no Direito do Trabalho contemporâneo começa a partir do tratamento jurídico diferenciado da extinção do contrato de trabalho por iniciativa do empregado daquela por iniciativa do empregador, quando o chamado pedido de demissão nada mais é do que o exercício da liberdade de trabalho, ao passo que a despedida do empregado só se justifica por um justo motivo, e, por essa razão, a liberdade contratual do empregador e seu corolário, o ato de denunciar unilateralmente o contrato de trabalho, sofrem restrições em função do bem jurídico representado pelo emprego¹⁶³.

O referido autor fundamenta essa diferença de tratamento, lecionando de forma brilhante:

É que o empregador, ao despedir o empregado, priva-o do meio de subsistência, ao passo que o empregado, ao demitir-se, exerce direito fundamental, que é a liberdade de trabalho, assegurada, por exemplo, no direito brasileiro, pelo art. 5º, XIII, da Constituição Federal de 1988¹⁶⁴.

Feita a análise da terminologia adequada quanto ao gênero, cessação contratual, serão analisadas suas espécies (que também não são uníssonas na doutrina brasileira), bem como as subespécies.

¹⁶³ 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, **Revista LTr**, 71, n. 03, p. 336-345, 2007, p. 336.

¹⁶⁴ ALMEIDA, **Revista LTr**, p. 337.

6 O TRATAMENTO OFERTADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À CESSAÇÃO CONTRATUAL INDIVIDUAL TRABALHISTA

Assim como a terminologia para o gênero rompimento contratual trabalhista não é única na doutrina brasileira, suas espécies (modalidades) também não são, tornando-se imperiosa uma análise de suas respectivas correntes.

6.1 Espécies de cessação contratual trabalhista

Para Orlando Gomes e Elson Gottschalk, existem três espécies (modalidades) de cessação contratual trabalhista. A primeira é a resolução: “se determinada por decisão judicial, que em nosso País só se verifica em se tratando de relação garantida por estabilidade no emprego¹⁶⁵”.

No que tange a segunda, resilição, ilustram:

Resilição ou rescisão (sinônimos), que podem ser bilaterais, quando as partes, de comum acordo, põem fim aos compromissos contratuais (distratos), ou unilateral, quando um dos contratantes exerce um direito potestativo, denunciando o contrato, com ou sem justa causa¹⁶⁶.

E quanto à terceira espécie, caducidade, sintetizam:

Caducidade, quando o contrato cessa em virtude da morte do empregado, em decorrência de força maior impeditiva da sua continuação ou pela ocorrência de acontecimentos futuro a que foi subordinada sua eficácia (condição resolutiva)¹⁶⁷.

Délio Maranhão, por seu turno, também entende pela existência de três espécies, porém, distintas das demonstradas por Orlando Gomes e Elson Gottschalk. A primeira é a resolução:

¹⁶⁵ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. atualizada por Rodrigues Pinto. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 344.

¹⁶⁶ GOMES; GOTTSCHALK, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 344.

¹⁶⁷ GOMES; GOTTSCHALK, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 345.

Ocorre quando com ou sem autorização judicial: a.1) há inexecução faltosa por parte de um dos contratantes; b.2) o contrato está subordinado a uma condição resolutive; c) a execução torna-se impossível por motivo de força maior¹⁶⁸.

A segunda espécie é a rescisão, que “corresponde a distrato ou, unilateralmente, ao exercício potestativo¹⁶⁹” E quanto à terceira, rescisão contratual, leciona que “ocorre apenas em caso de nulidade¹⁷⁰”.

Para Arnaldo Süssekind, são quatro as espécies de cessação contratual. No que tange a primeira, resolução, leciona:

Resolução: acontece quando a ruptura contratual é autorizada ou declarada pela autoridade competente (no Brasil a Justiça do Trabalho), por considerar provada a falta grave do empregado estável, o ato faltoso do empregador, a força maior ou nulidade impeditiva do prosseguimento da relação de emprego¹⁷¹.

Quanto a segunda espécie, rescisão, entende que: “corresponde ao exercício de direito potestativo, mediante aviso prévio à outra parte (despedida); a bilateral resulta do consenso dos contratantes (distrato)¹⁷²”; enquanto que para a terceira, a rescisão, sintetiza que ocorre “quando o empregador, com justa causa, resolve pôr fim ao contrato de trabalho, independentemente de pronunciamento judicial¹⁷³”.

E por fim, quanto à última, extinção, leciona que fica caracterizada:

Pelo impedimento da condição, resolutive estipulada para o termo do contrato (prazo, obra, tarefa), seja pela extinção da empresa ou a morte do empregador quando o contrato do *intuitu personae* em relação a ele, seja, enfim, pela morte do empregado¹⁷⁴.

Demonstradas as espécies de cessação contratual trabalhista, entende-se que a corrente mais adequada é de Arnaldo Süssekind. Portanto, no capítulo seguinte, será feito o estudo quanto as suas subespécies, utilizando-se a linha de pensamento do doutrinador supra mencionado.

¹⁶⁸ MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho**. 17. ed. atualizado por Luiz Inácio B. Carvalho. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1993, p. 233.

¹⁶⁹ MARANHÃO, **Direito do Trabalho**, p. 233.

¹⁷⁰ MARANHÃO, **Direito do Trabalho**, p. 234.

¹⁷¹ SÜSSEKIND, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 344.

¹⁷² SÜSSEKIND, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 345.

¹⁷³ SÜSSEKIND, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 345

¹⁷⁴ SÜSSEKIND, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 345.

6.2 Subespécies de cessação contratual trabalhista

Neste tópico serão analisadas as subespécies de cessação contratual previstas no ordenamento jurídico brasileiro. De um lado, são encontradas aquelas consideradas como lícitas (permitidas pela lei), sendo elas: justa causa do empregado, justa causa do empregador, culpa recíproca, pedido de demissão do empregado, distrato, por extinção da empresa e por morte do empregado ou do empregador pessoa física.

E do outro lado, encontra-se a cessação contratual ilícita que é arbitrária ou sem justa causa, sendo vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

6.2.1 Subespécies lícitas de cessação contratual trabalhista

6.2.1.1 Cessação contratual motivada (justa causa)

A cessação contratual motivada é aquela que possui um justo motivo, mais conhecida como justa causa. Tanto o empregado como o empregador, podem praticar um ato considerado como justa causa. Esta modalidade de dispensa é regulamentada pelo ordenamento jurídico brasileiro nos arts. 158, 240, 433, 482, 483 e 508, todos da Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto n. 95.247/87 e art. 14 e 15 da Lei n. 7.783/89.

Quanto à cessação contratual motivada, ensina Maurício Godinho Delgado:

É evidente que infrações podem ser cometidas tanto pelo empregado (tipos jurídicos do art. 482, CLT, por exemplo), como pelo empregador (por exemplo, tipos jurídicos do art. 483, CLT). No primeiro caso, o cometimento dá ensejo à dispensa do obreiro por justa causa; no segundo caso, autoriza a ruptura contratual por transgressão do empregador (rescisão indireta)¹⁷⁵.

Conforme salienta Antonio Álvares da Silva:

¹⁷⁵ DELGADO, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 1183.

A justa causa denota uma crise contratual grave que impede o prosseguimento do contrato de trabalho e, por conseqüência, ocasiona sua dissolução imediata. É esta o elemento comum que se encontra em todas as leis que a definiram¹⁷⁶.

Para Arnaldo Süssekind:

A justa causa para a rescisão do contrato de trabalho, seja este por prazo determinado ou indeterminado, compreende tanto a prática de um ato faltoso de gravidade, como o inadimplemento do contrato. Mas para esse inadimplemento, como bem acentuou Evaristo de Moraes Filho, constitui falta de inuidosa gravidade¹⁷⁷.

Portanto, a justa causa deve ser entendida como um motivo grave ocorrido durante a relação empregatícia que impediu o prosseguimento da mesma e que pode ser praticado por qualquer das partes (empregado ou empregador).

6.2.1.1.1 Justa causa praticada pelo empregado

Para Arnaldo Süssekind, a cessação contratual, que tem como premissa uma justa causa praticada pelo empregado, é hipótese de rescisão contratual, popularmente conhecida como despedida direta.

Para Renato Rua de Almeida, esta modalidade pode ocorrer quando:

“A despedida individual justifica-se por fato de natureza disciplinar (justa causa) imputável ao empregado ou por sua inaptidão profissional às mudanças técnicas da empresa”¹⁷⁸.

Quando o empregado praticar qualquer dos atos abaixo relacionados, previstos no art. 482, da Consolidação das Leis do Trabalho, o empregador poderá cessar o contrato de trabalho por justa causa.

Ato de improbidade¹⁷⁹: pode ocorrer através de duas possibilidades, a primeira é quando o empregado durante o trabalho comete ato ilícito que venha atingir ou o

¹⁷⁶ SILVA, **Revista LTr**, 73, p. 653.

¹⁷⁷ SÜSSEKIND, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 346.

¹⁷⁸ ALMEIDA, **Revista LTr**, p. 338.

¹⁷⁹ Art. 482, letra a, da CLT.

patrimônio de seu empregador, ou então de terceiros em que o empregador que será o responsável pelo ato praticado.

A segunda é quando o empregado comete obtenção dolosa fora do local de trabalho, como leciona Alice Monteiro de Barros:

O ato não precisa necessariamente contra o patrimônio do empregador ou de terceiros. E assim é que incorre nessa falta o empregado que falsifica certidão de nascimento de filho ou atestado de óbito para continuar recebendo salário-família¹⁸⁰

Em síntese: a improbidade do empregado fica caracterizada quando este pratica ato ilícito (vinculado a desonestidade, abuso, fraude e ma-fé), tanto dentro, como fora do local de trabalho.

Incontinência de conduta ou mau procedimento¹⁸¹: ocorre quando o ato praticado pelo empregado compromete o ambiente laborativo ou o contrato de emprego. Essa conduta fica caracterizada quando o empregado pratica conduta contrária aos bons costumes, devendo ser observado inclusive o ramo jurídico explorado pelo empregador e as acuidades que requer de seus empregados, assim como, a educação a ser desempenhada pelo mesmo durante suas atividades no trabalho.

Importante destacar que gestos, palavras e atos obscenos, assim como, o assédio sexual contra colega de trabalho, contra o empregador (a) ou contra cliente da empresa, também caracteriza ato de incontinência.

Negociação habitual, por conta própria ou alheia sem a permissão do empregador e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço¹⁸²: esta modalidade ocorre quando o empregado realiza negociação habitual de bens comercializados ou produzidos pelo seu empregador, e esta negociação venha acarretar concorrência ou não tenha sido autorizada pelo seu empregador ou por quem o represente.

Conforme ensinamentos de Alice Monteiro de Barros, esta subespécie ocorre:

Se o empregado desempenhar alguma função prejudicial ao serviço, sem conhecimento do empregador, a justa causa poderá configurar-se. O mesmo sucederá se praticar um ato que implique concorrência com o

¹⁸⁰ BARROS, **Curso de Direito do Trabalho**, p. .883.

¹⁸¹ Art. 482, letra b, da CLT.

¹⁸² Art. 482, letra c, da CLT.

empregador. Incorre na prática dessa falta e também na improbidade o empregado que se apropria de dinheiro do empregador e ainda realiza vendas por conta própria a preços reduzidos¹⁸³.

Condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena¹⁸⁴: quanto a esta previsão legal de cessação contratual, cabe destacar que não é a prisão que serve como suporte fático para a incidência desta norma, e sim a modalidade de condenação sofrida pelo empregado que acarretará a impossibilidade deste em prestar os serviços. O que efetivamente deve ser observada é a incompatibilidade entre o horário de trabalho e aquele em que o empregado permanecerá em liberdade. Conforme lecionado por Arnaldo Süssekind:

Pouco importa que o delito não se relacione com o seu trabalho. Aí, a razão primeira a justificar a rescisão do contrato de trabalho é a impossibilidade de o empregado comparecer ao serviço. Por isso mesmo, a disposição legal deve ser interpretada em consonância com sua destinação: se ao empregado for aplicada pena alternativa em regime aberto ou, desde logo, for condenado a cumprir a pena em regime semi aberto, afigura-se-nos que, só em razão da condenação, a justa causa não se configura¹⁸⁵.

Desídia no desempenho das respectivas funções¹⁸⁶: é o cumprimento inadequado as funções por parte do empregado. Conforme lecionado por Délio Maranhão:

Desídia é negligência. E esta pressupõe a culpa do empregado. É a antítese da diligência. Dissemos que o empregador tem o direito de esperar certo resultado da prestação do trabalho, certo rendimento quantitativo e o qualitativo do empregado, e que a desídia traz a frustração dessa expectativa.

Arnaldo Süssekind leciona:

A desídia do empregado é resultado de uma série de atos reveladores de falta de cumprimento de deveres, inclusive o de tratar, com educação e urbanidade, os seus chefes, colegas e fregueses. Também a habitual indolência, preguiça ou desleixo no cumprimento das obrigações advindas

¹⁸³ BARROS, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 888.

¹⁸⁴ Art.482, letra d, da CLT.

¹⁸⁵ SÜSSEKIND, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 351.

¹⁸⁶ Art. 482, letra e, da CLT.

do contrato de trabalho evidencia essa falta, tal como o constante estrago de material, ainda que sem dolo¹⁸⁷.

Sendo assim, se a desídia é caracterizada pela culpa, havendo dolo, corolário lógico que também resta configurada.

Um ato isolado não configura a desídia, devendo o empregador lançar mão de seu poder diretivo e primeiro advertir, depois suspender seu empregado, antes de dispensá-lo.

Embriaguez habitual ou em serviço¹⁸⁸: esta modalidade deve ser vista através de duas angulações. A primeira diz respeito à postura do empregado fora de seu local de serviço, causando um prejuízo indireto no cumprimento do contrato (tendo em vista que o consumo habitual de bebidas alcoólicas ou de entorpecentes prejudica a normalidade da saúde do empregado e assim a prática de suas atividades). A segunda é o consumo no local de trabalho, na execução do contrato de trabalho, ainda que uma única vez.

A aplicabilidade desta norma vem sendo aplicada por analogia para entorpecentes, é o que leciona Maurício Godinho Delgado:

“Registre-se que o tipo legal se aplica, comumente, à embriaguez alcoólica; porém, não é incompatível com seu sentido a embriaguez decorrente do uso de outras substâncias tóxicas, inclusive entorpecentes”.

Violação de segredo da empresa¹⁸⁹: esta modalidade está ligada diretamente à infidelidade do empregado. Sabido por todos que o sucesso de uma empresa está justamente na maneira que oferta ou como realiza seus produtos. O segredo dos modos de produção é essencial para que as partes contratantes mantenham a confiança existente. Prejudicada a confiança, o vínculo empregatício perde a principal característica para sua continuidade

Tal condição nos presentes dias vem ganhando inclusive mais força, com o aumento da importância do trabalho imaterial, aquele dito como invisível, vinculado à criação, como no marketing, publicidade, moda, preparação esportiva para atletas, serviços de informática e etc.

Importante destacar as lições de Arnaldo Süssekind quanto ao tema:

¹⁸⁷ SÜSSEKIND, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 352.

¹⁸⁸ Art. 482, letra f, da CLT.

¹⁸⁹ Art. 482, letra g, da CLT.

Não é necessário que o segredo seja utilizado no empreendimento de quem dele tomou conhecimento; basta que possa sê-lo. Por outro lado, o dolo não é condição essencial à caracterização dessa justa causa prevista na alínea f do art. 482 da CLT. Como registrou SAAD, não é necessário “o ato deliberado de tornar público o segredo da empresa”. Ainda que o empregado conduza-se culposamente, incorre nessa falta grave¹⁹⁰

Ato de indisciplina ou de insubordinação¹⁹¹: este requisito está interligado à obediência do empregado às determinações que recebe do seu empregador ou de quem o representa.

Se o empregado faz *jus* a receber seu salário tendo em vista o contrato de emprego, lado outro, a partir deste mesmo instrumento o empregador tem o dever legal de lhe passar trabalho, que devem ser cumpridos a tempo e modo.

Importante destacar, que nesta modalidade legal, deve ser observado que as ordens determinadas pelo empregador ao empregado, devem ser legais, não abusivas e não podem expor o funcionário a sério risco, sob pena de cessar o dever de obediência.

Quanto a tal possibilidade leciona Alice Monteiro de Barros:

Embora indisciplina e insubordinação constem dos dicionários como expressões sinônimas, o Direito do Trabalho distingue as duas figuras faltosas. A indisciplina caracteriza-se pela desobediência às normas de caráter geral, e a insubordinação pelo desrespeito deliberado a uma ordem específica dirigida a um determinado empregado¹⁹².

Abandono de emprego¹⁹³: é ato que somente pode ser praticado pelo empregado. O suporte fático deste comando tem como premissa a continuidade do trabalho. Até mesmo porque é um dos elementos fáticos-jurídicos necessários para a existência da relação de emprego.

Alice Monteiro de Barros demonstra que:

É uma falta que pressupõe a existência de dois elementos: o elemento subjetivo, que se caracteriza pela intenção do empregado de não mais retornar ao trabalho, e o elemento objetivo, que se configura pela ausência injustificada e prolongada por mais de 30 dias¹⁹⁴.

¹⁹⁰ SÜSSEKIND, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 354.

¹⁹¹ Art. 482, letra h, da CLT.

¹⁹² BARROS, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 896.

¹⁹³ Art. 482 letra i, da CLT.

¹⁹⁴ BARROS, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 896.

Para que o abandono de emprego pudesse a ter critérios objetivos para sua caracterização, a jurisprudência vem fazendo uso analogicamente do Enunciado n. 32, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, estabelecendo um prazo de 30 dias ininterruptos para que fique caracterizada esta modalidade de cessação. O abandono de emprego também fica caracterizado por questões subjetivas, como o empregado passar a trabalhar em outro emprego no mesmo horário que seu atual emprego. Nesta ocasião, o obreiro por seus atos, já demonstra sua vontade em abandonar o emprego o qual ainda possui vínculo. É o que leciona Arnaldo Süssekind:

O que configura o abandono de emprego é o animus, explícita ou implicitamente evidenciado, de que o trabalhador quer deixar o emprego. Essa intenção, independentemente do prazo decorrido, é revelada por algum ato do empregado nesse sentido (p. ex: faltar ao serviço por ter obtido outro emprego ou ter-se transferido para cidade que não lhe propicie cumprir jornada de trabalho¹⁹⁵).

Ato lesivo da honra e boa fama ou ofensas físicas contra o empregador e superiores hierárquicos¹⁹⁶: esta modalidade, também deve observar tanto as práticas verbais ou físicas praticadas pelo empregado contra o empregador, tanto fora, como dentro da empresa. Cabe destacar, que os atos lesivos contra a honra, via de regra, são: injúria, calúnia e difamação. Por sua vez, os atos lesivos contra a boa fama, são aqueles que colocam o ofendido na posição de desprezo perante a outrem.

Prática constante de jogos de azar¹⁹⁷: importante destacar que este requisito abrange o comportamento do empregado mesmo que nos momentos para descanso e alimentação, quer seja, durante a duração do trabalho. Caso o obreiro esteja jogando durante a jornada de trabalho, sua despedida deve ser feita nos moldes do inciso I, mesmo artigo, tendo por fundamento mau procedimento e por indisciplina.

Além das subespécies de justa causa acima estudadas, devem ser observadas ainda as outras subespécies de justa causa previstas no ordenamento jurídico brasileiro, sendo elas:

¹⁹⁵ SÜSSEKIND, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 355.

¹⁹⁶ Art. 482, letra j, da CLT.

¹⁹⁷ Art. 482, letra k, da CLT.

Falta contumaz de pagamento de dívidas legalmente exigíveis¹⁹⁸: Esta norma se aplica somente aos empregados de instituição bancária, tendo em vista a natureza de seu labor.

Ausência injustificada à escola na perda do ano letivo do menor aprendiz ou desempenho insuficiente ou inadequação aos procedimentos da aprendizagem¹⁹⁹: nesta hipótese é lícito o empregador cessar antecipadamente o contrato de aprendizagem, quando o aprendiz não possuir desempenho suficiente ou não se adaptar a condição de aprendiz, cometer falta disciplinar grave, ausência injustificada à escola que implique perda do ano letivo ou este pedir demissão.

Recusa do ferroviário em prestar serviço extraordinário em caso de emergência²⁰⁰.

Recusa injustificada do empregado as ordens de serviço destinadas à prevenção dos acidentes e enfermidades profissionais e ao uso de equipamento de proteção individual²⁰¹.

Declaração falsa ou uso indevido do vale transporte²⁰².

Manutenção da greve após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho²⁰³.

Ocorrendo uma dispensa por justa causa o empregado fará jus em receber: somente verbas já vencidas, como saldo salarial, férias e baixa na CTPS e entrega do TRCT, com referência ao tipo de dispensa.

Portanto, foram analisadas todas as subespécies de cessação contratual trabalhista por justa causa do empregado.

6.2.1.1.2 Justa causa praticada pelo empregador

Assim como o contrato de emprego pode ser cessado por práticas do empregado, também pode ser cessado por atitude do empregador.

¹⁹⁸ Art. 508, da CLT.

¹⁹⁹ Art. 433, II, e III, da CLT.

²⁰⁰ Art. 240, da CLT.

²⁰¹ Art. 158, da CLT.

²⁰² Decreto n. 95.247, de 1987.

²⁰³ Arts. 14 e 15 da Lei n. 7.783 de 1989.

Para Arnaldo Süssekind, esta subespécie é hipótese de resolução contratual. Leciona ainda que “o art. 483 da CLT elenca as faltas patronais que facultam ao empregado pleitear a resolução do contrato de trabalho²⁰⁴”, e assim, requerer seus direitos trabalhistas até naquele momento conquistados:

A despedida indireta decorre de uma situação fática que torna impossível, prejudicial ou desrespeitosa a execução do contrato de trabalho pelo empregado. O art. 483 da CLT é expresso a respeito, elencando as faltas patronais que justificam a resolução do contrato por iniciativa do empregado²⁰⁵.

Conforme leciona Délio Maranhão:

Como escreve Valente Simi, atos faltosos do empregador “surgem da violação de três direitos fundamentais do empregado: o direito ao respeito à sua pessoa física e moral, compreendendo nesta última o decoro e o prestígio; à tutela das condições essenciais do contrato; e finalmente, à observância pelo empregador das obrigações que constituem a contraprestação do trabalho²⁰⁶”.

Sendo assim, será feita uma análise das hipóteses de cessação contratual indireta, conforme art. 483, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato²⁰⁷: preceitua que serviços estranhos aos previstos no contrato de emprego não podem ser exigidos ao trabalhador, bem como, a trabalhos ilícitos, ou que venham a causar lesão à alguém (o empregador exigir que seu funcionário ludibrie o consumidor).

Quanto aos serviços superiores, devem ser observadas questões de ordem físicas, intelectuais e emocionais, que o empregador sabia que o empregado não possui. Quanto às físicas, o ordenamento jurídico brasileiro delimitou critérios objetivos, para mulheres e menores, 20 kg, em trabalho contínuo e, 25 kg, para labor ocasional, lado outro, para homens 60 kg.

Quanto aos serviços contrários aos bons costumes, devem ser observados aqueles serviços que venham a ofender a moral pública.

²⁰⁴ SÜSSEKIND, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 358.

²⁰⁵ SÜSSEKIND, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 345.

²⁰⁶ MARANHÃO, Délio. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2003. v. 1, p. 599.

²⁰⁷ Art. 483, letra a, da CLT.

For tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo²⁰⁸: essa previsão legal determina que todos os comandos do empregador ou de quem lhe representa devem ser pautadas por dois critérios: proporcionalidade a razoabilidade.

Para Maurício Godinho Delgado, a denúncia do contrato de emprego por assédio moral, encontra respaldo jurídico nesta modalidade²⁰⁹.

Correr perigo manifesto de mal considerável²¹⁰: preceitua que o empregador não pode colocar seus empregados em situação de risco de vida não previsto no contrato, devido às condições do ambiente de trabalho, na execução de determinada tarefa ou que poderia ser evitado.

É quando o empregador obriga o empregado a laborar em condições perigosas, ou insalubres sem que tenha adotado as medidas preventivas determinadas pela lei ou nas normas regulamentares da segurança e medicina do trabalho.

Não cumprir o empregador as obrigações do contrato²¹¹: o contrato de trabalho pode ser regido por cláusulas imperativas (legais), cláusulas convencionais ou cláusulas normativas, e deve ser cumprido em sua integralidade pelo empregador. O descumprimento de qualquer cláusula contratual enseja a resolução contratual. Quanto à mora salarial, leciona Maurício Godinho Delgado:

A mora salarial reiterada, ainda que não atingindo prazo igual ou superior a três meses, é fator de rescisão indireta, em face da severidade da falta do empregador: afinal, é pacífico no Direito do Trabalho ter o salário natureza alimentar, e o retardo em seu pagamento, sendo demorado e repetido, constitui sem dúvida, infração de forte intensidade²¹².

Cabe destacar, que para este doutrinador o prazo de 30 dias, previsto no § 1º, do art 2º, do Decreto Lei n. 368, de 1968, não tem aplicabilidade no âmbito trabalhistas, e sim no penal e no fazendário.

Nesta possibilidade legal se enquadra o ato do empregador em não fornecer serviços ao seu empregado, é o que leciona Arnaldo Süssekind:

²⁰⁸ Art. 483, letra b, da CLT.

²⁰⁹ DELGADO, **Curso de Direito do Trabalho**, p.1220.

²¹⁰ Art. 483, letra c, da CLT.

²¹¹ Art. 483, letra d, da CLT.

²¹² DELGADO, **Curso de Direito do Trabalho**, p.1220.

O TST decidiu, judiciosamente, que a proposital negativa do empregador de dar serviço ao empregado exigindo-lhe, porém, a permanência no local de trabalho, correspondente a não cumprir as obrigações do contrato (alínea d do art. 483)²¹³.

Praticar o empregador, ou seus prepostos, contra o empregado ou pessoas de sua família, ato lesivo de honra e boa fama²¹⁴: a abrangência desta cláusula dar-se-á tanto dentro como fora do ambiente laborativo, assim como, direcionado tanto a pessoa do empregado como de seus familiares.

Conforme leciona Maurício Godinho Delgado: “O presente tipo jurídico trata da injúria, calúnia ou difamação, restringindo-se, pois, a ofensas morais ou à imagem do obreiro e sua família²¹⁵”.

O empregador ou os seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem²¹⁶: enquanto que a previsão legal anterior regulamenta agressões verbais, este reporta-se à agressões físicas. Estas agressões podem ser de lavra tanto do empregador como de seus prepostos. A legítima defesa afasta a aplicabilidade desta norma.

O empregador reduzir o seu salário, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários²¹⁷: caso o empregado tenha seu salário estipulado de forma variável de acordo com sua produção e seu empregador reduza as encomendas ou tarefas, e diante desta prática o empregado tenha seu salário diminuído de forma considerável, poderá dar o contrato de emprego por cessado.

Por fim, cabe destacar que quanto à cessação contratual culpa do empregador, conforme leciona Arnaldo Süssekind:

O art. 483, no seu §3, esclarece que nas hipóteses previstas nas alíneas d e g o empregado poderá pleitear na Justiça do Trabalho a resolução do contrato com os consectários legais permanecendo ou não no serviço até a final decisão do processo²¹⁸.

²¹³ SÜSSEKIND, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 359.

²¹⁴ Art. 483, letra e, da CLT.

²¹⁵ DELGADO, **Curso de Direito do Trabalho**, p.1222.

²¹⁶ Art. 483, letra f, da CLT.

²¹⁷ Art. 483, letra g, da CLT.

²¹⁸ SÜSSEKIND, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 360.

Ocorrendo a cessação contratual trabalhista por culpa do empregador, o empregado fará jus à receber aviso prévio, com sua projeção contratual; 13º salário proporcional; férias proporcionais, com 1/3; liberação do FGTS, período contratual, com acréscimo de 40% e outras indenizações rescisórias eventualmente existentes no caso concreto (indenização por garantias de emprego frustradas).

Caberá ainda ao empregador, baixar a CTPS do obreiro, emitir o TRCT, com o código de saque do FGTS, além do depósito dos 40% fundiários. O empregador deverá ainda emitir as guias CD/SD, sendo o responsável pela frustração do trabalhador em receber os valores da seguridade social, Súmula 389, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

Pois bem, estudadas todas as possibilidades de rompimento contratual por justa causa, prevista no ordenamento jurídico brasileiro, será feito um estudo das demais possibilidades lícitas de cessação contratual trabalhista.

6.2.2 Culpa recíproca

A possibilidade de cessação contratual por culpa recíproca possui previsão legal no art. 484, da Consolidação das Leis do Trabalho e ocorre quando as partes simultaneamente praticarem quaisquer dos atos previstos nos artigos 482 e 483, do mesmo diploma legal.

Quanto aos efeitos leciona Arnaldo Süssekind:

“Consoante a súmula de jurisprudência do TST constante do Enunciado n. 14, na rescisão por culpa recíproca, o empregado tem direito a 50% do valor do aviso prévio, do 13º salário e das férias proporcionais”²¹⁹.

No mesmo sentido, quanto ao depósito do FGTS, que deverá ser reduzido pela metade, quer seja de 40% irá para 20%.

Sem qualquer distinção, leciona Maurício Godinho Delgado:

A ordem jurídica indicou esse caminho de equanimidade e equilíbrio: tratando da antiga indenização por tempo de serviço, a CLT estabeleceu que seria ela devida pela metade, em casos de terminação contratual por culpa recíproca (art. 484). Na mesma direção dispôs a Lei do FGTS:

²¹⁹ SÜSSEKIND, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 364.

reconhecida em Juízo a culpa recíproca quanto ao término contratual, o acréscimo rescisório sobre o Fundo de Garantia, de 40%, será devido apenas pela metade (art. 18. § 2, Lei n. 8.036/90). Nesta esteira já fixada, coerentemente, pela ordem jurídica, deve-se reduzir pela metade as demais verbas rescisórias, em caso de culpa recíproca: aviso prévio indenizado, 13º salário proporcional e férias proporcionais e seu terço²²⁰.

6.2.3 Informe de demissão do empregado

A presente subespécie se opera quando o empregado por livre e espontânea vontade, de forma unilateral coloca fim ao contrato de emprego, fenômeno este conhecido como pedido de demissão. Cabe destacar, que é inadequada a expressão pedido de demissão, tendo em vista que nenhum empregado precisa pedir ou ter anuência do empregador para se desligar do emprego. Basta que informe a tempo e modo e terá direito a receber seus direitos trabalhistas.

Nesta modalidade, o empregado terá direito a receber, além das verbas vencidas, as férias proporcionais, com o acréscimo de 1/3 constitucional e 13º proporcional, conforme Súmula n. 261, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho²²¹. O empregado não receberá os 40% do acréscimo do FGTS, não levanta o respectivo saldo e não recebe as guias CD/SD.

Oportuno destacar, que conforme Sumula n. 276, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho²²² e artigo 487, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, ocorrendo o informe de demissão, o empregado deve cumprir o prazo do aviso prévio, bem como, receber o respectivo salário, pois caso assim não faça, deverá indenizar seu empregador no respectivo valor.

Na mesma diretriz aduz Maurício Godinho Delgado:

O demissionário não receberá aviso prévio, caso não o tenha trabalhado efetivamente; não terá liberado FGTS, nem receberá os 40% de acréscimo sobre o Fundo; perde a proteção das garantias de emprego, se existentes; não recebe guias para saque do seguro-desemprego²²³.

²²⁰ DELGADO, **Curso de Direito do Trabalho**, p.1134.

²²¹ Preceitua a Súmula n. 261, do TST: O empregado que se demite antes de completar 12 (doze) meses de serviço tem direito a férias proporcionais.

²²² Preceitua a Súmula 276, do TST: O direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo emprego. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador de serviços obtido novo emprego.

²²³ DELGADO, **Curso de Direito do Trabalho**, p.1233.

Em síntese: esta subespécie de cessação contratual trabalhista implica o pagamento das parcelas vencidas, mais duas verbas estritamente rescisórias: 13º salário proporcional e férias proporcionais com 1/3.

6.2.4 Extinção da empresa

Conforme ensinamentos de Arnaldo Süssekind, esta subespécie, pertence a espécie extinção contratual.

A extinção da empresa ou de um estabelecimento não prejudica em nada o trabalhador em receber todos seus direitos trabalhistas, conforme *caput* do art. 2º, art. 497 e art. 498, todos da Consolidação das Leis do Trabalho e Súmula n. 44, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho²²⁴.

Sendo assim, *a priori*, ocorrendo o rompimento contratual trabalhista, tendo como motivo a extinção da empresa ou de estabelecimento, o trabalhador fará *jus* a receber todos seus direitos trabalhistas com se estivesse sendo despedido sem justa causa.

Leciona Maurício Godinho Delgado:

Nesse quadro, de maneira gera, o término do contrato em virtude do fechamento da empresa ou do estabelecimento provoca o pagamento das verbas rescisórias próprias à rescisão unilateral por ato do empregador, ou seja, próprias á dispensa sem justa causa²²⁵.

Porém, existem situações que ocorrendo a cessação contratual devido ao fechamento da empresa ou do estabelecimento, os encargos empresariais no que tange as verbas rescisórias de seus trabalhadores será atenuada. É o que ocorre quando acontece motivo de força maior, que conforme art. 502, da Consolidação das Leis do Trabalho, reduz pela metade as verbas rescisórias, na modalidade sem justa causa, o mesmo ocorrendo quanto ao depósito do FGTS, passando o depósito de 40%, para 20%.

²²⁴ Súmula 44, do TST: A cessação da atividade da empresa, com o pagamento da indenização, simples ou em dobro, não exclui, por si só, o direito do empregado ao aviso prévio

²²⁵ DELGADO, **Curso de Direito do Trabalho**, p.1136.

Conforme Súmula n. 44, do Colendo Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, não há previsão para redução de outras verbas rescisórias para esta modalidade. Os fatos considerados de força maior estão previstos no art. 501, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ocorrendo paralisação temporária ou definitiva do trabalho, por força de *factum principis*, o pagamento das verbas rescisórias será mantida em integralidade, mas sob responsabilidade da respectiva pessoa jurídica de direito público e não do empregador, *ex vi*, art. 486, *caput*, e seus parágrafos, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Quanto ao *factum principis*, importante destacar o que leciona Maurício Godinho Delgado:

De todo modo, a prática jurisprudencial raramente tem acolhido essa modalidade de ruptura do contrato, uma vez que considera as modificações e medidas legais e administrativas do Estado, que possam afetar a empresa, mesmo gravemente, como parte inerente ao risco da empresarial. Em conseqüência, não configuram *factum principis* ocorrências como, maxidesvalorizações cambiais, implementação de planos econômicos oficiais, mudança governamentais nas regras relativas a preços, tarifas, mercado, etc²²⁶.

Quanto à *falência* e ao *concurso de credores*, importante destacar os argumentos de Arnaldo Süssekind:

“Com a declaração da falência da sociedade comercial, os seus empregados, em regra, serão despedidos. Nada importa, porém, que o síndico da massa falida conserve alguns empregados”²²⁷.

No que tange à falência e ao concurso de credores, a jurisprudência vem entendendo que embora o trabalhador faça *jus* a receber todas as verbas trabalhistas no acerto rescisório (sem justa causa), a massa falida não responderá pelas penalidades previstas nos artigos 467 e 477, § 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho. É o que se extrai da Súmula 388, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho²²⁸.

²²⁶ DELGADO, **Curso de Direito do Trabalho**, p.1137.

²²⁷ SÜSSEKIND, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 362.

²²⁸ Súmula 388, do TST: A Massa Falida não se sujeita à penalidade do art. 467 e nem a multa do § 8 do art. 477, ambos da CLT.

6.2.5 Por morte do empregado ou do empregador pessoa física

Para Arnaldo Süssekind, esta subespécie de cessação contratual, também corresponde a hipótese de extinção contratual.

Cabe destacar, que esta modalidade, traz duas possibilidades distintas uma da outra.

A primeira diz respeito a morte do empregado, que acarreta necessariamente o rompimento contratual, tendo em vista que um dos requisitos da relação de emprego é a pessoalidade.

Se a morte do empregado não tiver sido ocasionada por um acidente de trabalho, o empregador não terá que pagar a multa de 40% sobre o saldo do FGTS e nem o aviso prévio, tendo que pagar o 13º salário como as férias proporcionais, mais as vencidas se houver (férias simples) bem como as já em mora (férias em dobro), sendo observado o 1/3 constitucional e o saldo salarial. Nesta ocasião, a família do empregado poderá levantar o saldo do FGTS.

Porém, se a morte do empregado tiver sido ocasionada por um acidente de trabalho, com culpa do empregador, a situação mudará de figura, respondendo o empregador por todas as verbas rescisórias existentes no ordenamento jurídico brasileiro, na modalidade sem justa causa e mais os direitos que os herdeiros entenderem por direito, como por exemplo: danos morais e materiais.

Lado outro, ocorrendo à morte do empregador, sendo ele pessoa física ou empresa individual, e caso um dos herdeiros resolva dar continuidade ao negócio existente e o empregado deseje dar continuidade aos serviços, não há que se falar em rompimento contratual, tendo em vista a figura da sucessão trabalhista, *ex vi*, art. 10 e 448, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Mas, havendo morte do empregador e caso haja terminação do empreendimento, ocorrerá à cessação contratual, fazendo *jus* o empregado a todos os direitos trabalhistas, como se fosse dispensado sem justa causa: aviso prévio, 13º salário proporcional, férias proporcionais e vencidas (simples e em dobro). Quanto ao FGTS, socorremos a Maurício Godinho Delgado

No tocante aos 40% sobre o Fundo de Garantia, embora a Lei n. 8.036/90 somente mencione a verba quando fala em despedida sem justa causa (art. 18, §1), não se referindo a ela quando trata da extinção de empresa (art.

20,II), tem-se compreendido ser pertinente a todas as situações de extinção empresarial sem força maior (art. 18, §2)> Valentin Carrion e Eduardo Gabriel Saad, por exemplo, entendem aplicáveis aos 40% À presente situação extintiva. Caso se considere que a extinção do empreendimento se deu por força maior, o percentual será de apenas 20% (art. 18, § 2, Lei n. 8.036/90)²²⁹.

Destaca-se ainda, que ocorrendo a morte do empregador, pessoa física, constituída em empresa individual, é concedida a faculdade ao empregado em dar por encerrado o contrato de trabalho, ainda que o empreendimento continue sendo gerido pelos herdeiros, conforme art. 483, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho. O empregado desejando extinguir o vínculo trabalhista receberá: o 13º salário proporcional; férias proporcional e vencidas (simples e em dobro), mais 1/3, poderá levantar o saldo do FGTS, sem o acréscimo da multa de 40%.

6.2.6 Distrato

Para Arnaldo Süssekind, esta subespécie de cessação contratual, é considerada rescisão contratual.

O distrato ocorre quando ambas as partes resolvem de comum acordo, findar o contrato antes do prazo previsto. No Direito do Trabalho, ao contrário de outros ramos jurídicos, uma das partes não poderá abrir mão de seus direitos, quer seja, o obreiro não poderá nesta via jurídica, deixar de receber as verbas trabalhistas previstas no ordenamento jurídico brasileiro, consideradas de patamar mínimo civilizatório.

Nesta ocasião, é com se o trabalhador estivesse sendo despedido sem justa causa, recebendo as devidas verbas trabalhistas. Corolário lógico que devido a este efeito, o distrato não é muito utilizado na seara trabalhista, tendo em vista não ser economicamente lucrativo para o empregador.

Tendo em vista que o distrato no âmbito trabalhista não acarreta vantagem para o empregador, leciona Maurício Godinho Delgado:

²²⁹ DELGADO, **Curso de Direito do Trabalho**, p.1137.

Reitere-se que a experiência concreta nas relações laborativas tem criado figura muito próxima ao distrato, embora também se convole, formalmente, em dispensa por ato do empregador: são os planos de incentivo ao desligamento voluntário do empregado de seu emprego (chamados PDVs – Planos de Desligamento Voluntário – e epítetos semelhantes). Em tais casos, regra geral, com sua adesão ao plano de desligamento, o trabalhador recebe as parcelas inerentes à dispensa injusta, acrescidas de um montante pecuniário significativo, de natureza indenizatória, reparando o prejuízo com a perda do emprego (OJ 207, SDI-I/TST)²³⁰.

Pois bem, realizado um estudo de todas as modalidades lícitas em no ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que o mesmo não permite a cessação que tenha como premissa uma única manifestação de vontade do empregador, quer seja um ato sem justo motivo, considerado arbitrário ou sem justa causa.

Porém, mesmo sendo vedada, a cessação arbitrária ou sem justa causa (ilícita), é praticada pelos empregadores no cotidiano, merecendo então um estudo detalhado acerca tanto de sua caracterização como de seus efeitos.

6.3 Subespécie ilícita de cessação contratual trabalhista

6.3.1 Cessação contratual arbitrária ou sem justa causa

Para Arnaldo Süssekind, esta subespécie de cessação contratual, encontra-se inserida na espécie rescisão contratual.

Antes da análise desta subespécie, é necessário que seja feito um estudo se a cessação contratual individual arbitrária e sem justa causa, são sinônimas ou não. Quanto a este tema a doutrina e a jurisprudência brasileira se dividem em duas correntes.

A primeira corrente, que é uma pequena parte da doutrina e da jurisprudência e que dentre seus componentes, encontra-se Amauri Mascaro Nascimento, a cessação contratual individual arbitrária não é sinônimo de cessação contratual individual sem justa causa. Para esta corrente, a arbitrária é aquela capaz de ensejar a reintegração do trabalhador, porquanto, uma das partes sem um justo

²³⁰ DELGADO, **Curso de Direito do Trabalho**, p.1173.

motivo não pode rescindir o contrato de trabalho. Lado outro, a sem justa causa, denominada de injusta, reconhecera a ausência de um justo motivo, mas permitiria sua rescisão derivada de somente manifestação de umas partes, ensejando ao empregado a indenização prevista em nosso ordenamento jurídico brasileiro, quer seja, multa de 40% sobre o devido saldo do FGTS.

Para a segunda corrente, a cessação contratual individual arbitrária é sinônima sem justa causa, diante da inexistência de justa causa e se baseia em um ato voluntário, unilateral e arbitrário do empregador. Dentre os doutrinadores adeptos a esta corrente, Antonio Álvares da Silva:

Arbitrio é a decisão que depende da vontade. Por se livre, sujeita-se ao convencimento de quem a profere e é isente de qualquer influência externa. Daí provem o adjetivo “arbitrário”, já que com a matriz negativo, significando a pessoa que age voluntariamente e com unilateralidade, sem ouvir os que dependem de sua decisão e sem considerar a participação alheia²³¹.

No mesmo sentido asseverou o Colendo Tribunal Superior do Trabalho, na decisão do recurso ordinário, da ação trabalhista, autos n. 309/2009-000-15-00-4:

Em primeiro lugar, há a despedida desmotivada, também conhecida como dispensa arbitrária ou despedida sem justa causa. Aqui, reitera-se, a expressão desmotivada traduz a idéia a de falta de um motivo legalmente tipificado. Não se refere, é claro, à ausência de uma motivação interna à empresa (que sempre há de existir); apenas significa ser irrelevante para o Direito essa motivação, não necessitando ser explicitada: trata-se, pois de denúncia vazia do contrato²³².

Coadunando com a segunda corrente, que defende que a cessação contratual individual sem justa causa e arbitrária são sinônimas, entende-se por ato arbitrário aquele que se baseia em uma única manifestação volitiva única do empregador, quer seja, não é fundada em um justo motivo.

Portanto, se falta um justo motivo ao ato, deve-se considerar como sem justa causa e portanto, um ato arbitrário, que uma única parte que desejou e não as duas. O Código Civil permitiria o tratamento da dispensa arbitrária como àquela fundada no exercício abusivo do direito: ato ilícito.

²³¹ SILVA, **Revista LTr**, 73, p. 652.

²³² DELGADO, **Curso de Direito do Trabalho**, p.1154.

Essa modalidade de cessação contratual conforme ordenamento jurídico brasileiro é vedada, portanto, quem a pratica, comete um ato ilícito, e nos moldes acima demonstrado, aquele que causa o dano a outrem, tem a obrigação de indenizar. É o que preceitua o inciso I, do art. 7º, da Constituição da República de 1988:

“Relação de emprego protegida contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

No mesmo sentido argumenta Renato Rua de Almeida:

De fato, como o empregado brasileiro tem a relação de emprego protegida constitucionalmente como direito fundamental contra a despedida individual sem justa causa, o empregador que o assim despedir, estará praticando ato ilícito, à luz do art. 186, do Código Civil, aplicável subsidiariamente ao Direito do Trabalho, por força do previsto no parágrafo único do art. 8, da Consolidação das Leis do Trabalho, pelo que ficará responsável pelo pagamento de uma indenização compensatória, como reparação prevista constitucionalmente, aliás, também como consequência da ilicitude do ato danoso prevista pelo art. 927 do Código Civil²³³.

E, conclui ainda o mesmo autor:

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 de perda do emprego, que deverá ser reparado²³⁴.

Conforme se colhe do inciso acima colacionado, a cessação contratual individual arbitrária ou sem justa causa, é protegida nos termos de lei complementar (através de uma indenização) e outros direitos. Mas, até a presente data, tanto a lei complementar, como os outros direitos, não foram elaborados pelo legislador brasileiro

Diante destas omissões foi elaborado então o Ato de Disposições Transitórias Constitucionais, que em seu artigo 10, prevê a multa de 40% sobre o saldo do FGTS²³⁵, como indenização para a cessação contratual individual arbitrária. Quanto a esta indenização e seus efeitos na prática, ensina Renato Rua de Almeida:

²³³ ALMEIDA, *Revista LTr*, p. 339.

²³⁴ ALMEIDA, *Revista LTr*, p. 345.

²³⁵ Destaca-se que ADCT significa Ato de Disposições Transitórias Constitucionais, portanto, entende-se que seria um ato do legislador de caráter provisório, para suprir temporariamente uma omissão em 1988. Mas, pelo que se percebe, o que ser para ser transitório está ficando definitivo e defasado, perdendo até mesmo seu caráter teleológico, não sendo capaz de proteger em nada o empregado no ano de 2010.

Certamente porque hoje em dia a indenização compensatória provisória, representada pela indenização equivalente a 40% dos depósitos do Fundo de Garantia de 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 brasileiro²³⁶.

Importante destacar que até atual conjectura somente a indenização compensatória prevista na primeira parte do I, do art. 7º, da Constituição da República de 1988, que foi concedida aos empregados, via art. 10, do Ato de Disposições Transitórias Constitucionais, porquanto, que os dentre outros direitos, ainda não foram regulamentados.

No presente momento, quando ocorre uma cessação contratual individual arbitrária no curso de um contrato por prazo indeterminado, o trabalhador tem direito a receber: aviso prévio; 13º salário proporcional; férias proporcionais, com 1/3; liberação do FGTS, período contratual, com acréscimo de 40% (a título de indenização), sem prejuízo das parcelas vencidas²³⁷.

A cessação contratual individual arbitrária feita contra aqueles trabalhadores que seus contratos de emprego suspensos ou interrompidos, ou então estiverem sob estabilidade provisória, será considerada nula. A não observância destas situações, causará a nulidade destes atos, acarretando assim, o pagamento de indenização correlata, ou então a reintegração (que no Brasil não vêm sendo aplicada).

Ocorrendo cessação contratual individual arbitrária de forma antecipada no curso do contrato com prazo determinado, o rompimento contratual deverá ser analisado sob dois aspectos: se no contrato estava prevista cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antecipada ou não.

Não havendo cláusula assecuratória no contrato a termo, o empregado fará *jus* a levantar o valor dos depósitos do FGTS, com acréscimo da multa de 40%; 13º salário proporcional; férias proporcionais, com 1/3, indenização previsto no art. 479, da CLT (metade dos valores que seriam devidos pelo período do restante do

²³⁶ ALMEIDA, *Revista LTr*, p. 340.

²³⁷ Ocorrendo esta modalidade de cessação no período de 30 dias anterior à data-base, contando para este fim o prazo do aviso prévio, deverá repercutir a indenização adicional, prevista na Súmula 182, do TST²³⁷.

contrato). Tudo com base na Súmula n. 125, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho²³⁸.

Nos contratos em que estão previstas as cláusulas assecuratórias do direito recíproco de rescisão antecipada, o empregado sendo dispensado pelo empregador sem justo motivo, conforme art. 481, da CLT, terá direito a receber: aviso prévio, com projeção no contrato; 13º salário proporcional; férias proporcionais, com 1/3; FGTS com 40%, não havendo que se falar na indenização prevista no art. 479, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que a cessação contratual individual arbitrária e sem justa causa, são sinônimas e ilícitas, sendo vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, passíveis de indenização e outros direitos.

Quanto à cessação contratual individual arbitrária ou sem justa, importante destacar que conforme estudo comparado, a mesma em diversos países é passível de nulidade. É o que ensina Arnaldo Süssekind:

Tendência do direito comparado: nulidade da despedida arbitrária. A estabilidade no emprego se apresenta, cada vez mais, com nova roupagem na legislação comparada: antes poucos países asseguravam esse direito aos trabalhadores, condicionando sua aquisição ao decurso de prazos geralmente longos e restringindo demasiadamente as hipóteses de rescisão do contrato de trabalho. Hoje, em diversos países, a lei garante a estabilidade no emprego, após a fluência de curto prazo, possibilitando, porém, a despedida do trabalhador não somente em razão de atos faltosos por ele praticados, mas também por motivos de ordem técnica, econômica ou financeira²³⁹.

Registra ainda o i. doutrinador:

Como registrou um estudo da OIT, “a legislação em matéria de terminação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador modificou-se radicalmente em muitos países. Deixou de constituir-se, essencialmente, em regras sobre períodos de pré-aviso e indenizações por despedida e sobre as condições em que não são devidos, passando o requisito de justificação por parte do empregador a corresponder ao centro jurídico das análises de decisões dos tribunais, principalmente como consequência do freqüente recurso à sua proteção, por parte dos trabalhadores que eistma ter perdido o emprego sem motivo justificado. Assim, pois, o princípio da justificação se converteu no fundamento de muitos países sobre a terminação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador. Nos últimos ano, a legislação comparada vem atribuindo ora ao empregador, ora ao emprego, ora ao

²³⁸ O art. 479 da CLT aplica-se ao trabalhador optante pelo FGTS admitido mediante por prazo determinado, nos termos do art. 30, § 3, do Decreto n. 59.820, de 20.12.1966.

²³⁹ SÜSSEKIND, **Instituições de Direito do Trabalho**, v.1, p. 694.

tribunal, a faculdade de escolher entre a reintegração ou indenização, como forma de ressarcimento da despedida arbitrária ou imotivada²⁴⁰.

Dentre as legislações estrangeiras, destaque para a lei alemã, *Kündigungsschutzgesetz*, de 1951, que iniciou a nulidade da cessação contratual individual arbitrária e assim o direito de reintegração do trabalhador, preceituando que a cessação contratual individual só é lítica quando socialmente justificada.

Esse caminho foi seguido por países como México, Noruega, Irlanda, Nova Zelândia, Canadá, Espanha, Holanda Inglaterra, Itália, Índia, Quênia, Congo e Panamá, que prevêm em seus respectivos ordenamentos jurídicos a possibilidade de nulidade de cessação contratual individual arbitrária, sob pena de reintegração ou indenização proporcional ao dano sofrido pelo empregado dispensado imotivadamente²⁴¹.

Diante de todo o exposto, percebe-se que o Brasil em sentido contrário a tendência mundial, não concede ao emprego sua devida valorização e proteção, vez que, salvo as exceções legais²⁴², não prevê em seu ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de nulidade da cessação contratual individual arbitrária, e seus respectivos efeitos, reintegração ao trabalhador que teve seu contrato de trabalho rompido imotivadamente. Além de não existir a possibilidade de reintegração, inexistem também qualquer norma brasileira prevendo uma real indenização compensatória aos trabalhadores dispensados sem justa causa, proporcional ao dano sofrido.

Com base no estudo comparado, pode-se concluir que valorizar e incentivar o emprego, não é somente ofertá-lo, mas também protegê-lo contra a cessação arbitrária, imotivada, o que o Brasil não faz, deixando seus jurisdicionados a míngua de uma singela indenização, incapaz de indenizar o empregado pela perda que sofreu: seu emprego, seu sustento.

²⁴⁰ SÜSSEKIND, *Instituições de Direito do Trabalho*, v.1, p. 694.

²⁴¹ SÜSSEKIND, *Instituições de Direito do Trabalho*, v.1, p. 694.

²⁴² O Brasil oferta estabilidade provisória as gestantes da data da confirmação de gravidez até cinco meses após o parto; empregado diretor das comissões internas de prevenção de acidentes e dirigente sindical desde sua candidatura até um ano após o final de seu mandato, caso eleito e ao trabalhador acidentado.

7 O TRATAMENTO OFERTADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À CESSAÇÃO CONTRATUAL COLETIVA TRABALHISTA

Conforme todo o estudado, o ordenamento jurídico brasileiro regulamenta somente cessação contratual trabalhista a seara individual e não na coletiva. Nelson Mannrich chama atenção para tal fato, lecionando: “o ordenamento jurídico brasileiro não regula a dispensa coletiva apenas a individual²⁴³”.

Continua ainda o mesmo autor:

O Brasil, ao contrário de outros países, ainda não introduziu regras para disciplinar a dispensa coletiva. É incontestável a importância do tema em outras legislações, inclusive no Direito Comunitário e no próprio Direito Internacional²⁴⁴.

No mesmo sentido Maurício Godinho Delgado:

Apesar de tudo isso, as dispensas coletivas não têm contado, na tradição infraconstitucional brasileira, com dispositivos legais regulamentadores. No Brasil, hoje, curiosamente, a lei não se contenta em considerar como ato afirmativo da individualidade do empregador a ruptura unilateral dos contratos de trabalho; até mesmo a dispensa maciça, coletiva, causadora de graves lesões sociais, é descurada pelo Direito do Trabalho no país²⁴⁵.

A distinção jurídica entre a cessação contratual individual e coletiva possui uma grande importância, lecionando Renato Rua de Almeida:

...é fundamental ressaltar, como visto na introdução, que o Direito do Trabalho contemporâneo faz distinção de tratamento jurídico entre as formas de extinção unilateral do contrato de trabalho e também entre a despedida individual e coletiva²⁴⁶.

Diante de tal omissão, o Brasil demonstra estar em sentido contrário a países como a Itália, Espanha, Alemanha, Portugal, Holanda, França, Grã-Bretanha,

²⁴³ MANNRICH, Nelson. **Dispensa Coletiva**: da liberdade contratual à responsabilidade social. São Paulo: LTr, 2000, p. 469.

²⁴⁴ MANNRICH, **Dispensa Coletiva**:..., p. 13.

²⁴⁵ DELGADO, **Curso de Direito do Trabalho**, p.1157.

²⁴⁶ ALMEIDA, **Revista LTr**, p. 337.

Argentina e México²⁴⁷, que tratam especificamente o tema, ofertando aos seus jurisdicionados tanto sua regulamentação (procedimento a ser adotado pelo empregado), como conceito (requisitos para a sua caracterização) e as devidas sanções.

Além do ordenamento jurídico brasileiro não regulamentar a cessação contratual coletiva, deixa também de conceituá-la, não arrolando quais os requisitos capazes de tornar uma cessação contratual em coletiva, como fazem os países acima mencionados.

Muita embora exista a falta de regra quanto à cessação contratual coletiva, o Poder Judiciário Trabalhista não pode se escusar uma demanda que tenha por objeto uma cessação contratual em massa. Nesta diretriz asseverou o Colendo Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do recurso ordinário da ação trabalhista n. 0309/2009, que tinha como objeto uma cessação contratual coletiva de contrato de trabalho:

No entanto, não é dado ao juiz recusar-se de decidir ante a omissão ou lacuna na lei, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que é norma geral de direito e orienta a aplicação de todo o ordenamento jurídico privado²⁴⁸.

Importante mencionar, que a título de indeclinabilidade do Poder Judiciário deve ser observado também o inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição da República de 1988.

Tanto a ausência de um conceito da cessação coletiva, como de sua regulamentação, vem acarretando um grande prejuízo aos trabalhadores brasileiros, vez que, até antes do julgamento do recurso ordinário, da ação trabalhista n. 309/2009, julgada pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho vinha sendo entendida como uma pluralidade de cessações individuais, o que pode não pode ser aplaudido, pois, são eventos distintos, com premissas e conseqüências diversas, não podendo receber o mesmo tratamento. No mesmo sentido, aduz Renato Rua de Almeida:

A anomia atual de regulamentação da despedida coletiva no direito brasileiro faz com que, como visto, a despedida em massa tenha o mesmo

²⁴⁷ A Comunidade Européia e a Organização Internacional do Trabalho, também regulamentam a dispensa coletiva.

²⁴⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, Acórdão n. 309/2009-000-15-00.4. Ac. SEDC, 10.8.09, Rel. Exmo. Ministro Maurício Godinho Delgado. **Revista LTr**, 73, n. 09, p. 1105-1125, 2009, p. 1111.

tratamento jurídico da despedida individual, isto é, a soma de despedidas individuais sem justa causa²⁴⁹.

No mesmo sentido asseverou o Colendo Tribunal Superior do Trabalho:

Por outro lado, não há no ordenamento jurídico regramento nenhum acerca da despedida em massa ou coletiva, seja relacionada a uma causa objetiva, de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural, ou a uma crise econômica internacional, como a que se vive atualmente, o que acaba por fazer a situação merecer o mesmo tratamento jurídico de proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa, isto é, a situação recebe tratamento como se fosse uma soma de despedidas sem justa causa²⁵⁰.

Urge salientar, que a cessação contratual coletiva e cessação contratual plúrima de contrato de trabalho são eventos distintos não podendo ser confundidos e muito menos receber o mesmo tratamento jurídico.

Orlando Gomes leciona no mesmo sentido argumentando:

Dispensa coletiva é a rescisão simultânea, por motivo único, de uma pluralidade de contratos numa empresa, sem substituição dos empregados dispensados. Dois traços caracterizam a dispensa coletiva, permitindo distingui-las da dispensa plúrima: a) a peculiaridade da causa; b) a redução definitiva do quadro pessoal. Na dispensa coletiva é única e exclusiva a cláusula determinante²⁵¹.

Os efeitos causados pela cessação contratual coletiva possuem uma abrangência social muito maior do que a cessação contratual individual, atingindo a sociedade em si, interferindo diretamente na circulação de bens e serviços.

Conforme todo o estudado, o Brasil não está acompanhando a tendência mundial contemporânea em proteger os trabalhadores contra a cessação contratual coletiva, tornando-se necessária uma análise comparada, conforme permite o art. 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho²⁵², para que essa lacuna normativa possa ser

²⁴⁹ ALMEIDA, **Revista LTr**, p. 345.

²⁵⁰ BRASIL. **Revista LTr**, p.1111.

²⁵¹ GOMES, Orlando. Dispensa coletiva na reestruturação da empresa – aspectos jurídicos do desemprego tecnológico. **Revista LTr**, São Paulo, ano 38, jul. 1974.

²⁵² Art. 8. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único: O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

suprimida, sendo analisado o que é uma cessação coletiva dos contratos de trabalho, quais os requisitos necessários para sua caracterização e por final, o tratamento jurídico que merece, para que possa ser ofertada uma proteção jurídica aos trabalhadores. Este estudo será feito no capítulo a seguir.

8 O TRATAMENTO JURÍDICO OFERTADO PELA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA À CESSAÇÃO CONTRATUAL COLETIVA TRABALHISTA

Neste capítulo será estudada a normatização da cessação contratual coletiva trabalhista em vários países, sendo alguns integrantes da comunidade europeia (quem também regulamenta o tema de forma genérica a todos seus países membros), mas considerando também a experiência de país vizinho, notadamente a experiência da Argentina, e valorizando também a posição do México que é um país que ostenta forte importante vocação de valorizar o direito social. E ainda, o tema será analisado diante da Organização Internacional do Trabalho.

Sendo assim, será feito um estudo da cessação contratual coletiva em nações como Alemanha, Portugal, Espanha, Itália, Argentina e México, pela Comunidade Europeia e conforme Organização Internacional do Trabalho.

8.1 União Europeia

Devido à análise ser feita em grande parte nos países europeus, torna-se imperioso um estudo do tratamento jurídico que a cessação contratual coletiva trabalhista recebe da União Europeia.

Importante mencionar que a União Europeia é um bloco (organização internacional) econômico, político e social formado por 27 países localizados na Europa, sendo eles: Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, Dinamarca, Espanha, Eslováquia, Eslovênia, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Polônia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Romênia e Suécia.

Dentre os objetivos da União Europeia, podemos destacar: promover a unidade política e econômica da Europa; aprimoramentos nas condições de vida e de trabalho dos cidadãos europeus; incentivar o livre comércio entre os países membros; otimizar o poder econômico dos países membros e combater as desigualdades sociais e econômicas na Europa.

As Diretivas elaboradas pela União Européia interferem de forma objetiva nos seus Estados-membros, vez que, apóia e regulamenta as suas atividades nas políticas sociais e econômicas, gerando inclusive um dualismo constitucional, porquanto que no topo da cadeia hierárquica de cada Estado-membro, encontram-se no mesmo nível os seus princípios constitucionais nacionais e os direitos previstos pela Comunidade Européia.

A União Européia regulamenta a dispensa coletiva através das Diretivas ns. 75/129/CEE, 92/58/CEE e 98/59/CEE, que são as diretrizes gerais para todos os seus Estados-membros, posição convalidada no Brasil, através do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, conforme asseverado no v. Acórdão, n. 309/2009²⁵³:

Continuando o exame do direito comparado, verifica-se que a União Européia segue as diretrizes uniformes fixadas para todos os seus membros, de observância obrigatória, independentemente do direito interno. As dispensas coletivas estão disciplinadas nas Diretivas ns. 75/129/CEE, de 17.2.75, e 92/56 CEE, de 26.6.92, sendo que todas harmonizam-se com a regras da Convenção n. 158 da OIT²⁵⁴.

Discorrendo sobre a importância da regulamentação da dispensa coletiva na União Européia, informa Nelson Mannrich:

A diversidade de leis sobre a matéria e a ausência de um procedimento comum poderia afetar gravemente o mercado comum europeu e, principalmente, a concorrência entre grupos industriais, ocasionando desequilíbrio nas relações entre os Estados-membros²⁵⁵.

8.1.1 Diretiva n. 75/129/CEE

A Diretiva n. 75/129/CEE, de 17/02/1975, estabelece tanto o conceito, como o procedimento a ser utilizado na cessação coletiva, que envolve tanto a consulta aos representantes dos empregados, como a intervenção administrativa (Estado). Insta salientar que foi concedido um prazo de 02 anos para que os Estados-membros

²⁵³ O julgamento deste caso ficou nacionalmente conhecido como caso Embraer.

²⁵⁴ BRASIL. *Revista LTr*, p. 1111.

²⁵⁵ MANNRICH, *Dispensa Coletiva:...*, p. 220.

implementassem normas em seu ordenamento jurídico para a efetivação da Diretiva n. 75/129²⁵⁶.

O conceito de cessação coletiva na Diretiva 75/129, está prevista em seu art. 1º. §1º, que leva em consideração quatro requisitos: subjetivo; causal; numérico e temporal.

No que tange ao primeiro, subjetivo, deve ser entendido que a cessação coletiva deve partir da vontade empresarial, ou seja, a ruptura contratual tem em seu nascedouro uma decisão do empregador.

Quanto ao requisito causal, a cessação coletiva deve ocorrer por motivo objetivo econômico ou estrutural, jamais interligado a pessoa do trabalhador.

O numérico é ligado à quantidade de empregados que uma empresa possui. Caso tenha em seu quadro de funcionários 20 a 100 empregados, o número a ser observado é de 10 cessações; havendo 100 e 300 trabalhadores, o número de trabalhadores dispensados é de 10% do total de empregados que a empresa possui e na hipótese da empresa possuir mais de 300 empregados, não poderá romper mais de 30 contratos de trabalho.

O requisito temporal a ser observado é o prazo de 30 dias.

Presentes todos estes requisitos, ficará caracterizada uma cessação coletiva de contrato de trabalho.

Prevê ainda a Diretiva n. 75/129, em caráter extraordinário, que havendo a dispensa de vinte ou mais empregados, no prazo de noventa dias, seja qual for o número previsto no quadro de funcionários da empresa, também estará configurada uma cessação coletiva.

Dentre os procedimentos previstos na Diretiva n. 75/129, que devem ser observados pelos Estados-membros da União Européia: notificação obrigatória por parte do empregador tanto à autoridade administrativa, como aos representantes dos trabalhadores²⁵⁷ de sua intenção em realizar a dispensa coletiva, informando ainda como a mesma irá ser realizada. Essa notificação deverá estar acompanhada de informações e justificativa da cessação coletiva. Exista ainda a possibilidade da administração criar mecanismos (vias alternativas) que evitem ou atenuem os efeitos da cessação contratual coletiva.

²⁵⁶ Tendo em vista que no prazo concedido a Itália não adaptou seu ordenamento jurídico a Diretiva n. 75/129, através dos processos 91/81 e 131/84, foi condenada pela Corte de Justiça da Comunidade Européia, sendo que somente em 1991 criou a lei n. 223/91, que por seu turno trata do tema.

²⁵⁷ Importante mencionar que a Diretiva não estabeleceu quem será os representantes dos trabalhadores, cabendo aos Estados-membros estabelecer quem irá exercer tal função.

Importante destacar, que a Diretiva n. 75/129 não é aplicável aos trabalhadores da Administração Pública, tripulantes de embarcações marítimas e aos trabalhadores contratados por prazo determinado. As empresas que tiveram o encerramento de suas atividades através de declaração judicial, também não são abrangidas por esta Diretiva.

8.1.2 Diretiva n. 92/56/CEE

Posteriormente em 26/06/1992, foi criada a Diretiva n. 92/56/CEE, que além de manter os procedimentos estabelecidos pela Diretiva n. 75/129, aumentou a participação dos representantes dos trabalhadores na cessação coletiva, através do procedimento de consulta e negociação.

Sendo assim, com a elaboração da Diretiva n. 92/56/CEE, tanto a administração como os representantes dos trabalhadores devem ser consultados antes da dispensa coletiva, bem como deve haver um prazo para que as partes possam alcançar um acordo no sentido de evitar ou diminuir os efeitos maléficos da cessação coletiva, podendo ser criados mecanismos como diminuição da jornada de trabalho, transferência dos trabalhadores para outro setor da empresa e estabelecimento da indenização devida a cada trabalhador dispensado. Este complexo de ato é denominado por muitos, como Plano Social.

Quanto à obrigação do empregador em prestar informações, leciona Nelson Mannrich:

Por outro lado, a Diretiva enfatiza o direito a toda informação pertinente. Para tanto, cabe ao empresário indicar, por escrito, os motivos da dispensa, o número e a categoria dos empregados afetados, o número e a categoria dos empregados fixos, o período durante o qual serão efetuadas as dispensas, os critérios utilizados para selecionar os trabalhadores e, ainda, o método utilizado para o cálculo das indenizações. Além do acesso aos documentos, as partes poderão utilizar-se da assessoria de peritos²⁵⁸.

E citando Lopes Mosteiro e Borrado Dacruz, menciona:

²⁵⁸ MANNRICH, **Dispensa Coletiva**:..., p. 230.

Cabe ao empresário, ainda, verificar, junto aos representantes dos trabalhadores, se estão de acordo com o número de dispensas e, com os trabalhadores escolhidos, se aceitam o valor das indenizações para, com isso, estabelecer um acordo²⁵⁹.

Estabelece ainda a Diretiva n. 92/56, que encerrado o período de consulta e negociação, o empregador entendendo ser a cessação coletiva inevitável, deverá comunicar por escrito a autoridade administrativa quanto a realização da mesma, devendo ser acompanhada da notificação enviada aos representantes dos trabalhadores (que também devem ser informados) e outros documentos relevantes para o caso.

Ocorrida a comunicação, a administração terá o prazo de 30 dias, para sugerir as partes a adoção de medidas alternativas para tentar evitar ou atenuar os efeitos da cessação contratual coletiva, porém, jamais com o poder de proibir que a mesma venha a ocorrer. Findado esse prazo sem êxito, o empregador poderá realizá-la.

Quanto a importância de Diretiva 92/56/CEE, asseverou o Colendo Tribunal Superior do Trabalho, através do v. Acórdão, prolatado nos autos da ação trabalhista n. n. 309/2009:

Destaque-se que a União Européia desenvolveu uma política de reforço a proteção dos trabalhadores nos casos de dispensas coletivas. Nas diretivas mencionadas estabelece-se um procedimento prévio de consultas às representações dos trabalhadores, com finalidade de celebrar acordo e evitar ou atenuar as conseqüências da dispensa e prever medidas sociais de acompanhamento, especialmente de ajuda para a reciclagem dos trabalhadores antigos. Há um procedimento de dispensa coletiva, com prazo de 30 dias, e notificação da autoridade competente²⁶⁰.

8.1.3 Diretiva n. 98/59/CEE

A Diretiva n. 98/59/CEE, que além de manter em integralidade a efetividade das Diretivas 92/56 e 125/79, prevê em seu art. 2º, determina aos Estados-membros

²⁵⁹ LOPES MOSTEIRO, Ricardo. La directiva comunitaria n. 75/129 del 17 de febrero sobre despidos colectivos. *In*: Seminário sobre Libertad de Empresa y Relaciones Laborales. La Toja, BORRADO DACRUZ, Efen, dir. La reforma del mercado de trabajo. **Anais....** Madri, **Actualidad Editorial**, 1993, p. 819. *Apud* MANNRICH, **Dispensa Coletiva:....**, p. 230.

²⁶⁰ BRASIL. **Revista LTr**, p. 1111.

da Comunidade Européia que: "se deve reforçar a proteção dos trabalhadores em caso de despedimento coletivo, tendo em conta a necessidade de um desenvolvimento econômico e social equilibrado na Comunidade".

Cabe destacar que inexistente qualquer sanção para o Estado-membro que não adote os procedimentos previstos pelas Diretivas da União Européia. Essas omissões prejudicam a efetividade dessas Diretivas, como por exemplo a Itália que somente em 1991 veio a regulamentar internamente em seu ordenamento jurídico a cessação coletiva através da Lei n. 223/91, nos moldes determinados pela União Européia.

8.2 Alemanha

Além das Diretivas da União Européia, a Alemanha possui em seu ordenamento jurídico, regras internas que também regulamentam da cessação coletiva do contrato de trabalho.

Em 1951, "foi criada a lei *Kündigungsschutzgesetz*, que em agosto de 1969, foi substituída pela *Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz*, e que voltou a ser *Kündigungsschutzgesetz* ainda no ano de 1969"²⁶¹, por isso, o dito popular, Lei alemã de 1951.

Essa lei é popularmente conhecida como KSchG e regulamenta tanto a cessação individual, como a coletiva – mais especificamente no seu capítulo terceiro. Cabe destacar, que essa lei é a principal norma alemã que regulamenta o gênero cessação contratual.

Importante destacar que em 1978, essa lei sofreu algumas alterações para adaptação as determinações da Diretiva n. 75/129/CEE.

A cessação contratual individual na KSchG, é encontrada na parte Direito Individual do Trabalho, enquanto que a coletiva, está inserida no Direito Social. As normas protetoras aplicáveis à cessação individual, também são aplicáveis à coletiva.

Além da lei KSchG, existe lei *Betriebsverfassungsgesetz*, conhecida como BertrVG, que regulamenta a representação dos trabalhadores na empresa, que se efetiva através dos conselhos de empresa. Trata também do procedimento prévio a

²⁶¹ SILVA, *Revista LTr*, 73, p.11.

ser adotado pelo empregador em caso de cessação contratual coletiva. Além dessas duas leis, há também a Lei de Fomento ao Emprego – AFG.

Quanto à aplicabilidade dessas normas, ensina Nelson Mannrich:

As prescrições do ordenamento jurídico alemão sobre dispensa coletiva são aplicáveis, em regra, a todos os tipos de empresa e em qualquer setor da atividade econômica, com um quadro formado por mais de vinte trabalhadores. Há, todavia, exceções. Algumas, previstas expressamente pela lei – trabalho marítimo, representante de pessoa jurídica, exercentes de cargo de direção – outras, referidas indiretamente – empresas de atividade estacional ou descontínua, com atividade durante o ciclo anual, cuja imprecisão legal gera até algumas dúvidas de interpretação²⁶².

Leciona ainda:

A administração pública submete-se às normas sobre dispensa coletiva, quanto perseguir fins econômicos ou empresariais. Assim sendo, supõe-se sua exclusão quando tomada em sentido estrito, desenvolvendo serviços de educação, saúde, segurança, entre outros, próprios do Estado²⁶³.

8.2.1 Requisitos para cessação contratual coletiva na Alemanha

O ordenamento jurídico alemão, através da KSchG, traz dois requisitos para a caracterização da cessação contratual coletiva: o quantitativo, trazendo o número de trabalhadores dispensados e o temporal, que é período em que ocorreram as cessações contratuais.

Quanto ao primeiro requisito, o art. 17, §1º, do KSchG, estabelece, que o estabelecimento que possui entre vinte e sessenta funcionários, não pode dispensar cinco ou mais empregados; que os estabelecimentos que tenha entre sessenta e quinhentos trabalhadores, não pode dispensar o percentual de 10% ou mais de 25 empregados; e por fim as empresas que possuem quinhentos ou mais obreiros, não pode dispensar mais de 30 funcionários, tudo sob pena de ficar caracterizada a cessação coletiva, caso essas dispensas ocorram dentro do limite determinado pela lei que é de 30 dias (requisito temporal)

²⁶² MANNRICH, **Dispensa Coletiva**:..., p. 32.

²⁶³ MANNRICH, **Dispensa Coletiva**:..., p. 32.

Importante destacar que na Alemanha não importa se os rompimentos contratuais foram causados ou não, ou seja, a lei não traz o requisito qualitativo. Toda cessação contratual ocorrida no prazo de 30 dias é considerada para fins de caracterização da cessação coletiva.

8.2.2 Do procedimento da cessação contratual coletiva alemã

O procedimento a ser obedecido pelo empregador quando for realizar uma cessação contratual coletiva de contratos de trabalho é composto por 3 atos que devem ser realizados de forma cumulada, sendo eles: informação ao conselho de empresa para ser realizado um acordo entre as partes, denominado de plano social; b) consulta e comunicação ao conselho de empresa e; c) notificação para órgão administrativo-Estado.

O primeiro ato que está previsto na BetrVG, prevê que havendo alteração na empresa que tenha mais de 20 funcionários e que possa acarretar em prejuízo ao quadro de funcionários²⁶⁴, deve informar o conselho de empresa desta modificação, iniciando então um plano social de negociação e deliberação, para que possam encontrar um acordo.

A informação ao conselho de empresa possibilita a participação desta nas práticas empresariais, para que as partes possam pactuar um acordo com objetivo da modificação na empresa não romper contratos coletivamente, podendo inclusive ser criadas medidas alternativas, como recolocação ou aprimoramento dos trabalhadores. E caso seja realmente necessária a dispensa massiva, podem as partes fixar a devida indenização.

O prazo máximo para que o acordo seja alcançado, é de 2 meses, contados da data da informação²⁶⁵, sendo que o acordo pactuado entre a empresa e o

²⁶⁴ Conforme art. 111, da BetrVG, são consideradas alterações nas empresas os seguintes fatos: alteração dos métodos de trabalho ou nos processos de produção encerramento parcial ou total da empresa; fusão empresarial; mudança física parcial ou total da empresa; diminuição da atividade empresarial; alternância na organização; mudança do equipamento e mudança de objetivos empresariais.

²⁶⁵ Art. 113, alínea 3, da BetrVG.

conselho de empresa, deverá ser escrito e nesta ocasião é denominado de *Sozialplan*, plano social.

Realizada a informação, e estando ciente o conselho de empresa quanto à modificação feita na empresa, deverá ser realizado o segundo ato, devendo o conselho de empresa ser notificado pelo empregador da dispensa coletiva que pretende realizar, bem como, os fatos que estão ensejando a dispensa, para que as partes possam pactuar um acordo para evitar a cessação coletiva ou então atenuar seus efeitos.

Conforme art. 17, § 2º, da KSchG, essa notificação deve conter: o número de trabalhadores que serão afetados pela dispensa coletiva; o período em que deve ocorrer a dispensa, o motivo utilizado para a escolha dos trabalhadores a serem dispensados; os fatos que ensejaram a dispensa e a indenização a ser ofertada aos trabalhadores.

Não sendo alcançado o acordo entre a empresa e o conselho de empresa, seja para evitar ou diminuir os efeitos da dispensa coletiva, caberá ao conselho de empresa emitir um parecer da negociação ocorrida, bem como seu desfecho. Esse parecer será utilizado posteriormente para efetivação do procedimento administrativo perante o Estado, que analisará a dispensa em massa.

Por último, o procedimento administrativo, composto por duas formalidades: notificação ao Departamento Estadual do Trabalho da situação da empresa e notificação ao mesmo órgão da dispensa coletiva a ser realizada. Essas notificações tem previsão na AFG²⁶⁶ e na KSchG.

Nesta ocasião o Estado é representado por uma autoridade ligada ao Departamento Estadual do Trabalho. O procedimento administrativo tem como objetivo adiar a cessação coletiva e encontrar medida alternativa para que não ocorra, mas, não possui o poder de proibi-la.

A notificação feita ao Departamento Estadual do Trabalho, informando a situação da empresa deve estar acompanhada do parecer emitido pelo conselho de empresa.

A segunda notificação, prevista no § 1º, do art. 17, da KSchG, a empresa deve comunicar por escrito o Departamento Estadual do Trabalho, da dispensa que

²⁶⁶ Lei de fomento ao emprego.

pretende realizar. Caso o empregador não cumpra essa obrigação legal, a dispensa coletiva será considerada nula, podendo os trabalhadores pleitear sua reintegração.

Nesta ocasião, cabe ao Departamento Estadual do Trabalho tentar evitar a dispensa coletiva, apoiando o empregador, e lado outro, ajudar o empregado a providenciar ou outro emprego.

Essa notificação deverá conter cópia da informação dado ao conselho da empresa quanto a sua alteração; do parecer emitido pelo conselho – *Stellungnahme* – contendo suas informações e a tentativa do acordo, plano social. Na falta do parecer a notificação é considerada inválida, muito embora possa ser juntado posteriormente, caso o conselho de empresa se negue a emití-lo a tempo e modo.

Feitas as duas comunicações, a notificação terá sido realizada e passará a fluir o prazo de um mês, conhecido como prazo de espera, que é contado do recebimento do Departamento Estadual do Trabalho²⁶⁷. Durante este período o empregador está proibido de cessar nenhum contrato de trabalho. Insta salientar que esse prazo pode ser prorrogado pelo Departamento Estadual do Trabalho para dois meses²⁶⁸.

Ultrapassado esse prazo, o empregador pode realizar a cessação coletiva dos contratos de trabalho que constavam nas notificações.

Decorrido o prazo de espera, mesmo que tenha sido adotada alguma medida recomendada pelo Departamento Estadual de Trabalho, o empregador terá o prazo máximo de um mês para realizar a cessação contratual coletiva. Após esse prazo não poderá haver cessação contratual, devendo para isso o empregador realizar um novo procedimento, sendo obedecido o devido trâmite.

Como se percebe, todo o procedimento alemão, formado por atos cumulados, objetiva evitar a cessação contratual coletiva e assim evitar o desemprego. Importante salientar que qualquer cessação contratual coletiva que venha a ocorrer fora desse padrão legal, será tornada nula, não sendo válida juridicamente, crível nulidade e reintegração dos trabalhadores.

No mesmo sentido leciona Nelson Mannrich:

²⁶⁷ A duração desse prazo tem como objetivo analisar os argumentos da empresa, possibilidade de recolocação dos empregados em outra área da empresa; medidas de apoio a empresa; como empréstimos e financiamento; autorização para redução da jornada de trabalho e diminuição dos salários e outras despesas, ex vi art. 19, da KSchG.

²⁶⁸ Conforme art. 18, § 2 c/c art. 20, § 1, da KSchG.

A efetivação da dispensa coletiva com medidas tomadas à margem da lei torna o ato nulo e ineficaz. Todavia, a declaração de ineficácia depende de impugnação judicial, promovida pelo empregado lesado, que poderá fazê-lo ou não, conforme seus interesses. Essa declaração poderá ter efeitos *ex tunc*²⁶⁹.

Ao contrário do Brasil, a Alemanha regulamenta e conceitua a cessação coletiva, dando-lhe um tratamento jurídico, partindo da premissa do valor e da importância social do trabalho, e tentando evitar um dos piores males que pode assombrar uma nação: o desemprego.

8.3 Espanha

A Espanha, assim como os demais países europeus aqui estudados, além de obedecer as Diretivas da União Européia, possui internamente em seu ordenamento jurídico a *Ley del Estatuto de los Trabajadores*, com redação dada pelo Real Decreto Legislativo n. 1/1995, que regulamenta a cessação coletiva.

8.3.1 Requisitos da cessação contratual coletiva na Espanha

O § 1º, do artigo 51, da mencionada lei traz os requisitos da cessação contratual coletiva dos contratos de trabalho, que são três: qualitativos, temporal e quantitativo.

O primeiro diz respeito a motivo econômico, técnico, organizacional ou produtivo.

O segundo é o lapso temporal de 90 dias a ser observado pelo empregador.

E o terceiro diz respeito ao número de contratos de trabalho cessados no período de 90 dias. Quando um empregador cessar 10 contratos de trabalho, possuindo em seu quadro de funcionários menos de 100 empregados e quando possuir entre 100 e 300 funcionários o número a ser observado será de 10% do total

²⁶⁹ MANNRICH, *Dispensa Coletiva*:..., p. 42.

de empregados e havendo na empresa mais de 300 empregados, o numerário a ser obedecido é de 30 contratos de trabalho cessados.

Preenchidos com comitente esses três requisitos, estará configurada uma cessação contratual coletiva na Espanha.

Por motivo econômico deve-se entender, como a perda de rendimentos atual ou planejada (meta) da empresa, ou diminuição permanente de sua renda, capaz de afetar sua existência e corolário a manutenção dos postos de emprego. Para ficar caracterizado o motivo econômico, a empresa deve comprovar suas alegações e justificar seus resultados²⁷⁰.

O motivo técnico deve ser observar as mudanças dos instrumentos e dos meios de produção da empresa que devem ser realizadas, sob pena de prejuízo empresarial na concorrência de mercado. Para isso, a empresa deverá comprovar as causas que a conduziram a realizar tais mudanças, bem como, justificá-la, como uma melhoria na sua posição competitiva no mercado²⁷¹.

Cabe destacar, que a lei espanhola não conceituou o motivo organizacional e produtivo.

8.3.2 Do procedimento da cessação contratual coletiva espanhola

O § 2º, do art. 51, da *Ley del Estatuto de los Trabajadores*, estabelece que o empresário que tenha a intenção de efetuar uma cessação contratual coletiva, deverá solicitar autorização para o término dos contratos de trabalho conforme as normas previstas nesta Lei e em suas regulamentações.

O procedimento se iniciará com a solicitação à autoridade trabalhista competente e a abertura simultânea de um período de consultas com os representantes legais dos trabalhadores.

Tanto a comunicação a ser realizada à autoridade de trabalho, como a comunicação da consulta aos representantes dos trabalhadores, devem ser escritas e estarem devidamente acompanhadas de toda a documentação necessária para

²⁷⁰ Art. 51, 1, parágrafo primeiro da Ley del Estatuto de los Trabajadores.

²⁷¹ Art. 51, 1, parágrafo 2 da Ley del Estatuto de los Trabajadores.

estabelecer as razões que motivam o caso, e a justificação das medidas a tomar²⁷². A comunicação da consulta aos representantes dos trabalhadores deve estar acompanhada também da comunicação feita junto a autoridade do trabalho²⁷³.

Inexistindo órgão de representação legal dos trabalhadores na empresa, os empregados podem formar uma comissão designada nos termos do parágrafo 4º, do art. 41²⁷⁴.

Recebido o pedido, a autoridade de trabalho irá verificar se o mesmo preenche os requisitos legais, caso contrário irá sugerir que sejam adotadas medidas por parte do empregador no prazo de dez dias, advertindo-o que, caso não as adote, seu pedido será retirado e arquivado²⁷⁵.

Caso durante o pedido de cessação coletiva, a autoridade do trabalho entenda que o empregador está tomando atitudes ineficazes para a efetividade das medidas que lhe foram sugeridas, poderá solicitar ao empregador, a cessação imediata das mesmas²⁷⁶.

Se a cessação coletiva tiver o condão de afetar mais de 50% dos trabalhadores, prevê o § 4º, do art. 51, da *Ley del Estatuto de los Trabajadores*, que o empregador deverá prestar contas sobre a venda dos bens da empresa, aos representantes dos obreiros e à autoridade competente, exceto daqueles que constituem as suas operações normais.

A consulta junto aos representantes legais dos trabalhadores deverá ser pautada pela boa-fé, com objetivo de ser alcançado um acordo, não podendo durar mais de 30 dias, para as empresas que possuem cinquenta ou mais empregados, enquanto que para as empresas com menos de cinquenta empregados, esse prazo terá a duração de 15 dias.

Em ambos os casos, deverão ser debatidas as razões que motivaram a cessação coletiva, e soluções capazes de evitar ou reduzir seus efeitos, bem medidas para atenuar as suas consequências para os trabalhadores afetados, medidas de reorganização empresarial e recolocação dos trabalhadores,

²⁷² Art. 51, 2, parágrafo 2, da Ley del Estatuto de los Trabajadores

²⁷³ Art. 51, 2, parágrafo 3, da Ley del Estatuto de los Trabajadores.

²⁷⁴ Art. 51, 2, parágrafo 4, da Ley del Estatuto de los Trabajadores

²⁷⁵ Art. 51, 3, parágrafo 1, da Ley del Estatuto de los Trabajadores.

²⁷⁶ Art. 51, 3, parágrafo 4, da Ley del Estatuto de los Trabajadores.

treinamento ou reciclagem profissional dos trabalhadores para permitir a continuidade e viabilidade do projeto empresarial e dos postos de emprego²⁷⁷.

A empresa que possui cinquenta ou mais funcionários, deve elaborar desde o início da consulta um plano social, que contenha as medidas acima mencionadas²⁷⁸.

A empregadora e os representantes legais dos trabalhadores podem acordar a qualquer momento pela substituição do período de consulta por um processo de mediação ou de arbitragem, aplicável ao nível da empresa, a ser desenvolvido dentro dos prazos previstos para esse período²⁷⁹.

Alcançado o acordo entre empregador e o representantes legais dos trabalhadores durante o período de consulta, a autoridade do trabalho será informada do mesmo e no prazo de 7 dias emitirá sua decisão quanto a cessação coletiva, enviando cópia ao órgão de Inspeção do Trabalho e da Segurança Social e da entidade gerente do subsídio de desemprego, para as devidas cautelas de estilo²⁸⁰.

Caso as autoridades trabalhistas constatem de ofício ou a requerimento de uma das partes a existência de fraude, falsidade ideológica, coação ou abuso de direito na conclusão do acordo, irá remetê-lo à autoridade judicial para a devida averiguação, podendo inclusive esse acordo ser declarado nulo. Durante a apreciação perante o Poder Judiciário, o prazo para a decisão da autoridade trabalhista ficará devidamente suspenso²⁸¹.

Expirado o prazo de consulta, e não alcançado o acordo entre as partes, a autoridade do trabalho emitirá uma resolução autorizando ou negando totalmente ou parcialmente o pedido empresarial de cessação coletiva.

Essa resolução deverá ser feita no prazo de 15 dias, contados da notificação à autoridade de trabalho da conclusão do período de consulta. Se dentro desse prazo não houver declaração expressa, será entendida como autorizada a cessação coletiva, nos termos requeridos pela empresa²⁸². A resolução da autoridade do trabalho, deverá ser motivada em consonância com o requerimento empresarial²⁸³

²⁷⁷ Art. 51, 4, parágrafo 1, da Ley del Estatuto de los Trabajadores.

²⁷⁸ Art. 51, 4, parágrafo 2, da Ley del Estatuto de los Trabajadores.

²⁷⁹ Art. 51, 4, parágrafo 6, da Ley del Estatuto de los Trabajadores.

²⁸⁰ Art. 51, 5, parágrafo 1, da Ley del Estatuto de los Trabajadores.

²⁸¹ Art. 51, 5, parágrafo 2, da Ley del Estatuto de los Trabajadores.

²⁸² Art. 51, 6, parágrafo 1, da Ley del Estatuto de los Trabajadores.

²⁸³ Art. 51, 6, parágrafo 2, da Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Importante destacar que os representantes legais dos trabalhadores terão prioridade para permanecerem na empresa²⁸⁴.

O § 8º, do art. 51, da *Ley del Estatuto de los Trabajadores*, preceitua que os trabalhadores cujos contratos se encerrem em conformidade com o disposto no presente artigo terão direito a uma indenização de vinte dias de salário por ano de serviço; sendo que quando o período de tempo de trabalho for inferior a um ano, será calculada uma fração ideal proporcional aos meses trabalhados no respectivo ano, respeitado o prazo máximo de 12 mensalidades.

O processo de consulta também pode ser instaurado a pedido dos representantes dos trabalhadores, caso entenda que a empresa esteja passando por uma crise que possa acarretar aos empregados prejuízo de difícil reparação, devendo ser observado os mesmos procedimentos endereçados as empresas²⁸⁵. Nesta ocasião, a autoridade do trabalho requisitará as ações e relatórios para elucidação e resolução do caso, nos prazos estabelecidos em lei²⁸⁶.

Na hipótese de venda judicial da totalidade ou de parte da empresa, só é aplicável o disposto no art. 44, quando o vendido compreenda os elementos necessários e suficientes por si mesmo para continuar a atividade empresarial²⁸⁷.

Inobstante o previsto no parágrafo anterior, caso o novo proprietário da empresa decida não continuar ou suspender as atividades empresariais, sua decisão deverá ser fundamentada²⁸⁸.

A ocorrência de força maior capaz de servir como causa da cessação coletiva, deve ser verificada pela autoridade do trabalho, independentemente do número de trabalhadores a ser dispensados²⁸⁹.

O procedimento da dispensa coletiva por força maior, iniciado pelo empregador, deverá obedecer o mesmo trâmite previsto para as demais possibilidades, quer seja, informar a autoridade trabalhista e comunicar os representantes dos trabalhadores de sua intenção, devidamente acompanhadas dos documentos que comprovem a existência da força maior²⁹⁰.

²⁸⁴ Art. 51, 7, parágrafo 1, da Ley del Estatuto de los Trabajadores.

²⁸⁵ Art. 51, 9, parágrafo 1, da Ley del Estatuto de los Trabajadores.

²⁸⁶ Art. 51, 9, parágrafo 2, da Ley del Estatuto de los Trabajadores.

²⁸⁷ Art. 51, 11, parágrafo 1, da Ley del Estatuto de los Trabajadores.

²⁸⁸ Art. 51, 11, parágrafo 2, da Ley del Estatuto de los Trabajadores.

²⁸⁹ Art. 51, 12, parágrafo 1, da Ley del Estatuto de los Trabajadores.

²⁹⁰ Art. 51, 12, parágrafo 2, da Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Serão aplicadas subsidiariamente as disposições da Lei n. 30/1992, que regulamenta sobre o Regime Jurídico das Administrações Públicas e Procedimento Administrativo Comum, em matéria de recurso, na hipótese de omissão desta lei²⁹¹.

Todas as atuações e as notificações que deverão ser efetuadas aos trabalhadores através dos seus representantes legais (sindicatos por exemplo)²⁹².

As obrigações de prestar informações e e fornecimento de documentos neste artigo aplicam-se independentemente da autoria da decisão pela cessação coletiva, empresário ou diretoria da empresa. Na falta das práticas diligências previstas em lei a cessação coletiva produzirá qualquer efeito jurídico capaz, tornando-se ilícita, passível de indenização²⁹³.

8.4 Itália

A Itália em 1991, através da Lei n. 223/91, passou a regulamentar internamente a cessação contratual coletiva de forma harmônica com as Diretivas da União Europeia²⁹⁴. De acordo com essa lei, a cessação coletiva pode ocorrer a partir de três espécies: a colocação em mobilidade, a redução pessoal e o encerramento das atividades de uma empresa, regulamentadas pelos arts 4º e 24 e 24, § 2º, respectivamente, da Lei n. 223/91.

²⁹¹ Art. 51, 13, parágrafo 1, da Ley del Estatuto de los Trabajadores.

²⁹² Art. 51, 13, parágrafo 2, da Ley del Estatuto de los Trabajadores.

²⁹³ Art. 51, 14, parágrafo 1, da Ley del Estatuto de los Trabajadores.

²⁹⁴ As Diretivas da União Europeia que regulamentam a dispensa coletiva são as de ns. 75/129/CEE, 92/58/CEE e 98/59/CEE, que servem como diretrizes gerais para todos os seus Estados-membros. A Diretiva n. 75/129, traz o conceito da dispensa coletiva está prevista em seu art. 1.1, que leva em consideração quatro requisitos: elemento subjetivo; elemento causal; elemento numérico e elemento temporal. Os procedimentos previstos na Diretiva n. 75/129, que devem ser observados pelos Estados-membros da União Europeia: notificação obrigatória por parte do empregador tanto à autoridade administrativa, como aos representantes dos trabalhadores²⁹⁴ de sua intenção em realizar a dispensa coletiva, informando ainda como a mesma irá ser realizada. Essa notificação deverá estar acompanhada de informações e justificativa da dispensa coletiva. Exista ainda a possibilidade da administração criar mecanismos que evitem ou atenuem os efeitos da dispensa coletiva.

A Diretiva n. 92/56, manteve os procedimentos *supra* mencionados estabelecidos pela Diretiva n. 75/129, além de aumentar a participação dos representantes dos trabalhadores na dispensa coletiva, através de consulta e negociação. E quanto a Diretiva n. 98/59/CEE, em seu art. 2, determina aos Estados-membros da Comunidade Europeia: "se deve reforçar a proteção dos trabalhadores em caso de despendimento coletivo, tendo em conta a necessidade de um desenvolvimento econômico e social equilibrado na Comunidade".

Cabe destacar, que muito embora possam existir três espécies distintas de cessação coletiva no ordenamento jurídico italiano, o procedimento a ser adotado em todas é único, regulamentado pela mesma Lei (n. 223/91). Conforme Nelson Mannrich:

Esta lei, reorganizando o instituto da extinção contratual coletiva, condicionou o poder de dispensa do empregador a um procedimento que, por um lado, legitima-as; por outro, onera o empresário com altos custos e novos vínculos processuais²⁹⁵.

Essa lei fortaleceu os sindicatos, tornando sua participação mais efetiva e obrigatória na cessação coletiva. Leciona ainda o mesmo doutrinador:

A participação do sindicato avaliza, mesmo que parcialmente, a redução do pessoal, tornando a entidade sindical ativa em uma operação de corte parcial do emprego, em detrimento de instrumentos tradicionais de proteção como os contratos de solidariedade ou outras formas alternativas do uso da força de trabalho.

8.4.1 Requisitos da cessação contratual coletiva na Itália

Os requisitos para a caracterização da cessação coletiva na Itália são de acordo com a espécie da cessação.

Para a espécie colocação em mobilidade, conforme art. 4º. da lei 223/91, a cessação coletiva fica caracterizada quando uma empresa beneficiária do sistema C.I.G²⁹⁶, pretenda cessar o contrato de um trabalhador não readmissível.

Importante destacar, que trabalhador readmissível é aquele que possui contrato de readmissão, que ocorre quando o empregador contrata um empregado a prazo determinado com duração máxima de 12 meses, ou então, por prazo indeterminado empregados inscritos há mais de 12 meses na lista de mobilidade²⁹⁷.

²⁹⁵ MANNRICH, **Dispensa Coletiva**:..., p. 56.

²⁹⁶ *Cassa Integrazione Guadagni*, C.I.G, com última regulamentação na Lei n. 196, de 24.6.1997, é um sistema de integração ou substituição da remuneração do trabalhador, pertencente a categorias previstas em lei, que esteja em dificuldade de condições econômicas ocasionada na redução ou suspensão da atividade laboral, motivadas por fatores previstos em lei e alheios à sua vontade.

²⁹⁷ Art. 20, da Lei n. 223/91.

Quanto a espécie colocação em mobilidade, Nelson Mannrich citando os autores italianos Toffoletto Zanibelli e Angelo Zambeli, leciona:

A dispensa coletiva por colocação em mobilidade não exige requisitos causais, numéricos, especiais ou temporais para sua configuração, como faz o art. 24 da Lei n. 223/91 em relação as dispensas por redução de pessoal. Dessa constatação conclui-se que, se houver um único trabalhador não readmissível, a empresa beneficiária do sistema C.I.G. extraordinária deverá observar os prazos e os procedimentos previstos para a mobilidade, para, então, poder dispensá-lo²⁹⁸.

Nessa espécie de cessação coletiva, o empregador deverá obedecer os prazos e os procedimentos legais (serão estudados posteriormente no tópico seguinte), antes de dispensar o trabalhador não readmissível.

O trabalhador dispensado (legalmente) terá seu nome incluído na lista regional de mobilidade, tendo direito a receber uma indenização, que conforme art. 7º, da Lei n. 223/91, possui duração de 1 a 2 anos.

Esse sistema veio a substituir qualquer outro benefício de desemprego. No momento da comunicação da cessação coletiva, o empregador deverá depositar, em trinta prestações mensais, um valor equivalente a seis mensalidades iniciais da indenização devida ao empregado em mobilidade²⁹⁹.

Lado outro, a segunda espécie de cessação coletiva, quer seja, a redução de pessoal, é regulamentada através do art. 24, da Lei n. 223/91, que fixa critérios qualitativos, quantitativos e temporais.

O critério qualitativo é o motivo que gerou as cessações contratuais. Para essa lei, os motivos podem ser redução ou modificação da atividade do empregador através de novas técnicas de produção.

O quantitativo é quando uma empresa que possui mais de quinze empregados e resolver cessar cinco ou mais funcionários.

O temporal é que as cessações contratuais ocorram dentro do prazo de 120 dias.

São considerados para os devidos fins, os rompimentos contratuais ocorridos tanto na matriz, como na filial, caso possua a empresa tenha filial dentro do mesmo território ou província.

²⁹⁸ ZANIBELLI, Toffoletto; ZAMBELLI, Angelo. **La disciplina del licenziamenti**. Milão, Il Sole, 24 Ore Pirola, 1997, p. 170. *Apud* MANNRICH, **Dispensa Coletiva:...**, p. 61.

²⁹⁹ Art. 5, § 4, da Lei n. 223/91.

Importante destacar, a terceira espécie de cessação coletiva, que conforme art. 24, § 2º, da Lei n. 223/91, é o encerramento das atividades de uma empresa

Preenchidos os requisitos previstos para cada espécie respectivamente (mobilidade, redução de pessoal e encerramento da atividade empresarial), ficará caracterizada a cessação coletiva italiana, e assim, o empregador deverá obedecer o procedimento legal, válido para as três possibilidades³⁰⁰, sob pena de nulidade.

8.4.2 Do procedimento da cessação contratual coletiva italiana

O procedimento a ser obedecido pelos empregadores nas três espécies de cessação coletiva é formado por até no máximo três fases.

A primeira fase inicia-se com a comunicação escrita feita pelos empregadores às organizações de representantes da categoria, na Itália conhecidas como RSA – *Representanze Sindical Aziendali*, quer seja, os sindicatos.

Essa notificação deve informar aos sindicatos a vontade empresarial de realizar a cessação coletiva dos contratos de trabalho, bem como, a situação da empresa, devendo estar acompanhada dos motivos que ensejaram os rompimentos contratuais, da justificativa porque não adotou medidas para resolver o problema (caso não tenha adotado tais práticas), do número e as funções dos trabalhadores que possivelmente terão seus contratos cessados e o tempo de duração do programa de mobilidade, tudo conforme § 3º, do art. 4º, da Lei 223/91.

Essa notificação serve para evitar o desemprego, vez que, o sindicato, pode sugerir alternativas para evitar a ruptura contratual ou até mesmo diminuir o número de trabalhadores que teriam os contratos cessados.

A empresa deve ainda comunicar a Seguridade Social das rescisões contratuais que pretende realizar, devendo estar acompanhada do comprovante da quitação do depósito de antecipação da integração salarial, conforme determina o art. 8º, §1º, da Lei n. 236/93.

A segunda fase é a de negociação com o sindicato. Conforme art. 4, da Lei n. 223/91, a negociação entre a empresa e o sindicato deve ocorrer no prazo de 7 a 45

³⁰⁰ Art. 24, § 1, da Lei n. 223/91.

dias, contado da notificação, sendo que esse prazo pode ser reduzido pela metade caso o número de empregados dispensados seja inferior a dez.

A negociação entre sindicato e empresa, tem como objetivo evitar a cessação coletiva, tentando a recolocação de empregados para outros setores da empresa ou então criação de formas flexíveis de diminuição do tempo de trabalho. Caso a empresa se recuse a negociar de forma injustificada, de acordo com art. 28, da Lei n. 300/70, resta configurado o ato anti-sindical. Realizada a negociação, o resultado deverá ser encaminhado por escrito para a *Ufficio Provinciale Del Lavoro e Della Massina Ocupazione*, mais conhecido como U.P.L.M.O.

A terceira consiste na fase administrativa com participação de um órgão administrativo que após analisar as causas expostas pela empresa, realiza uma nova proposta de acordo. Havendo negociação entre empresa e o sindicato (fase anterior), corolário lógico que a realização desta fase fica prejudicada, não sendo necessária.

Findada a fase negocial administrativa, com ou sem acordo, o empregador poderá realizar a cessação coletiva, devendo informar pessoalmente ou por escrito cada trabalhador do rompimento contratual, devendo ser respeitado o período do aviso prévio.

O empregador deve ainda informar a U.P.L.M.O regional e as associações sindicais quais os trabalhadores dispensados, com seus respectivos dados, como nome, endereço, qualificação, idade, número de filhos e situação civil, para que possam ser inscritos na lista de mobilidade e assim receber os devidos benefícios concedidos ao trabalhador dispensado coletivamente.

Urge destacar que nas três espécies de cessação coletiva, os trabalhadores que tiveram seus contratos cessados, farão *jus* ao recebimento da indenização prevista no art. 7º, da Lei n. 223/91. No mesmo sentido leciona Nelson Mannrich:

Vale lembrar, por exemplo, que a indenização de mobilidade, prevista no art. 7 para as dispensas por colocação em mobilidade também é aplicável, por força do artigo 16 da Lei 223/91, aos trabalhadores dispensados por redução de pessoal, demonstrando absoluta desvinculação da nomenclatura desta indenização com o tipo de dispensa³⁰¹.

³⁰¹ MANNRICH, **Dispensa Coletiva**:..., p. 63.

Sendo assim, conforme o estudado na Itália, a proteção contra a cessação coletiva, conta com a participação estatal no momento pós-ruptura, através da indenização paga pelo Estado ao trabalhador.

Na hipótese da cessação coletiva italiana, o empregador deverá respeitar o critério de escolha dos trabalhadores que terão seus contratos rompidos, conforme previsão do § 1º, do art. 5º, da Lei n. 223/91, que preceitua a seguinte ordem a ser obedecida: características técnico-produtivas ou organizacionais, encargos de família e tempo de serviço. Essa ordem pode ser substituída através de acordo coletivo pactuado com o sindicato da categoria, estabelecendo outros critérios objetivos. Caso a empresa diante de uma cessação coletiva não obedeça os critérios de escolha (seja legal ou convencional), tornará a mesma nula, e corolário a reintegração dos trabalhadores dispensados, conforme art. 28 da Lei n. 300/70.

8.5 Portugal

Além das Diretivas da União Europeia, Portugal possui o Código do Trabalho que conceitua e regulamenta a cessação contratual coletiva.

8.5.1 Requisitos da cessação contratual coletiva em Portugal

A antiga Lei n. 99/2003 foi revisada pela Lei n. 7/2009, dando origem ao vigente Código do Trabalho de Portugal. A divisão II (capítulo), deste diploma legal arrola os requisitos e regulamenta o procedimento aplicável a cessação coletiva.

Conforme art. 359, 1º, do Código do Trabalho de Portugal, fica caracterizada uma cessação contratual coletiva, quando o empregador no período de 3 meses, dispensar de forma simultânea ou sucessiva, pelo menos 2 (caso seja microempresa ou pequena empresa) ou 5 (na hipótese de média ou grande empresa) empregados, por motivo de mercado, estrutural ou tecnológicos.

Sendo assim, pode-se concluir que para a caracterização de uma cessação contratual coletiva no ordenamento jurídico português, é necessário o preenchimento de três requisitos:

O primeiro requisito é a quantitativo, quer seja, o número de contratos de trabalhos que serão cessados. Caso seja uma microempresa ou pequena empresa, o número a ser observado é de 2 contratos cessados; enquanto que sendo a empregadora um média ou grande empresa, o numerário a ser analisado é de 5.

O segundo é o temporal que é o prazo de três meses.

O terceiro é a qualitativo é o motivo das cessações contratuais, podendo ser mercadológico, estrutural ou tecnológico.

Conforme art. 359, § 2º, do Código do Trabalho de Portugal, deve-se entender por motivos mercadológicos, a redução da atividade da empresa provocada pela diminuição da demanda de bens e serviços ou impossibilidade superveniente de inserir (ofertar) seus produtos no mercado. Por motivos estruturais, compreende-se o desequilíbrio económico-financeiro da empresa, mudança de sua atividade ou na sua organização produtiva e substituição dos produtos fabricados.

Quanto aos motivos tecnológicos são as alterações nas técnicas e nos processos de fabricação, automação dos instrumento de produção, de movimentação de cargas, bem como, a informatização de serviços ou automação de meios de comunicação.

Preenchidos esses requisitos, fica caracterizada a cessação contratual coletiva em Portugal.

8.5.2 Do procedimento da cessação contratual coletiva portuguesa

Preceitua o art. 360, § 1º, do Código do Trabalho português que o empregador que desejar realizar uma cessação contratual coletiva é obrigado a comunicar por escrito a comissão de trabalhadores (representantes dos trabalhadores), na sua falta, deverá comunicar à comissão intersindical ou às comissões sindicais da empresa representativas dos trabalhadores a abranger.

Cabe destacar que inexistindo as entidades previstas no artigo acima mencionado, o empregador deverá comunicar por escrito individualmente cada

empregado da cessação contratual a ser realizada, para que no prazo de 5 dias úteis, a ser contado do recebimento da comunicação seja formada uma comissão representativa com três ou cinco membros, que receberá os instrumentos previstos no art. 306, parágrafo 2º.

A comunicação deve conter obrigatoriamente, conforme art. 360, parágrafo 2º, do diploma trabalhista português, o motivo das cessações, o nome dos trabalhadores que terão seus contratos rompidos, inclusive os setores em que trabalham, o critério de seleção utilizado para a escolha dos trabalhadores que serão dispensados, o número de trabalhadores e suas categorias profissionais, o período em que pretende realizar a dispensa e a indenização que pretende pagar aos empregados dispensados, sem prejuízo da indenização prevista no art. 366 ou no acordo coletivo.

Caso o empregador não obedeça qualquer desses atos, estará praticando um ato ilícito grave, conforme art. 360, § 6º, do Código do Trabalho português.

Na mesma data em que o empregador comunicar, seja o conselho de empresa ou a comissão intersindical ou às comissões sindicais da empresa, deverá comunicar também o Ministério responsável pela área laboral com competência para o acompanhamento e fomento da contratação coletiva – que via de regra em Portugal é o Ministério do Emprego e da Segurança Social, MESS -, sob pena de contra-ordenação leve, conforme art. 306, § 6º, do Código do Trabalho.

Realizada a comunicação, o empregador deve promover, no prazo de 5 dias, juntamente com o representante dos empregados, a fase de informação e negociação, podendo cada parte estar acompanhada de um perito. Essa negociação tem como objetivo um acordo para evitar a cessação coletiva ou diminuir o número de contratos a serem rompidos. As partes podem ainda adotar determinadas medidas prevista no § 1º, do art. 361 do Código do Trabalho, para evitar a cessação coletiva, como: a suspensão de contratos de trabalho, a redução de períodos normais de trabalho, a recolocação ou reclassificação profissional ou a reforma antecipada ou pré-reforma.

Cabe destacar, as medidas de recolocação ou reclassificação profissional ou a reforma antecipada ou pré-reforma, dependem da anuência individual de cada trabalhador³⁰².

³⁰² Art. 361, 3, do Código do Trabalho Português.

Feita a reunião de informação e negociação, as partes devem elaborar a respectiva ata, que deve conter a matéria acordada, bem como as posições divergentes e as opiniões, sugestões e propostas levantadas por cada uma das partes³⁰³.

Havendo a cessação coletiva, sem a realização da reunião de informação ou negociação, ou inexistindo a anuência do trabalhador na sua reconversão ou reclassificação, o empregador pratica um ato ilícito grave³⁰⁴.

A participação do Ministério responsável pela área laboral com competência para o acompanhamento e fomento da contratação coletiva – que via de regra é o Ministério do Emprego e da Segurança Social, MESS –, conforme art. 362, § 1º, do Código de Trabalho de Portugal, participa da reunião de informação e negociação com objetivo de promover a regularidade da sua instrução substantiva e procedimental e a conciliação dos interesses das partes.

Caso o Ministério perceba algum vício material ou procedimental, deverá informar ao empregador quanto a sua existência. Realizada a denúncia e o empregador permanecendo na posição recalcitrante, o Ministério deve fazer constar expressamente esse vício na ata das reuniões de negociação.

Qualquer das partes ou até mesmo o Ministério, poderá solicitar os serviços regionais do emprego e da formação profissional e da segurança social para que indiquem medidas aplicáveis nas respectivas áreas, de acordo com o enquadramento legal das soluções que sejam adotadas para evitar a cessação contratual³⁰⁵.

A não participação do Ministério na reunião de informação e negociação, acarreta um ato ilícito leve por parte do empregador³⁰⁶.

Alcançado ou não um acordo entre o empregador e o representante dos trabalhadores, observado o prazo de 15 dias, contados do início da reunião de informação e negociação, o empregador decidindo pela cessação contratual deverá comunicar por escrito a cada trabalhador individualmente da ruptura contratual, justificando-a, bem como, informar a data de cessação e indicação do valor a receber, forma, data e local do pagamento das verbas trabalhistas, e caso exista

³⁰³ Art. 361, 5, do Código do Trabalho Português.

³⁰⁴ Art. 361, 6, do Código do Trabalho Português.

³⁰⁵ Art. 362, 3, do Código do Trabalho Português.

³⁰⁶ Art. 362, 4, do Código do Trabalho Português.

outros créditos a receber, o momento a ser exigido devendo ser observada a antecedência mínima do aviso prévio, previsto no art. 363, § 1º, do Código do Trabalho Português. Estabelece ainda, que deverá ser concedido um prazo de de 15 dias quando o empregado tiver menos de um ano de serviço, 30 dias quando tiver entre um e cinco anos de serviço, 60 dias quando trabalhar entre 5 e 10 anos na empresa e por fim, de 75 dias quando o empregado tiver mais de 10 anos de serviço.

Findado o prazo do aviso prévio, o empregador deverá ter pago tanto as verbas rescisórias, como demais créditos que os trabalhadores dispensados possam vir a ter.

Não sendo respeitado o prazo mínimo do aviso prévio, o empregador deverá indenizar o empregado proporcional a este período³⁰⁷.

Feita à comunicação ao empregado da ruptura contratual, a empresa deverá informar tanto ao Ministério, como a representação dos trabalhadores das cessações realizadas, devidamente acompanhada a acta das reuniões de negociação ou, na sua falta, informação sobre a justificação de tal falta, as razões que obstaram o acordo e as posições finais das partes, bem como relação de que conste o nome de cada trabalhador, residência, data de nascimento e de admissão na empresa, situação perante a segurança social, profissão, categoria, retribuição, a medida decidida e a data prevista para a sua aplicação, sob pena de praticar ato ilícito leve³⁰⁸.

Durante o prazo do aviso prévio, o empregado tem o direito de trabalhar dois dias a menos por semana, sem prejuízo de sua remuneração, podendo o empregado requerer que esse prazo seja dividido pelos dias de semana.

Caso durante o aviso prévio o empregado consiga arrumar um outro emprego, deverá informar à empresa, com antecedência mínima de 3 dias, sendo mantido o direito ao recebimento de todos seus direitos trabalhistas³⁰⁹.

Havendo a cessação coletiva, cada trabalhador terá direito a receber além de todos os direitos trabalhistas, a indenização correspondente a um mês de trabalho, por cada ano de trabalho³¹⁰, sob pena do empregador praticar ato ilícito grave.

³⁰⁷ Art. 363, 4, do Código do Trabalho Português.

³⁰⁸ Art. 363, 3, do Código do Trabalho Português.

³⁰⁹ Art. 365, do Código do Trabalho Português.

³¹⁰ Art. 366, 1, do Código do Trabalho Português.

Na hipótese do período de trabalho compreender fração anual, a indenização será calculada proporcionalmente, sendo que não pode ser inferior ao valor de três salários, sob pena de ato ilícito grave.

Caso o empregador cumpra todas as determinações previstas, a cessação coletiva será considerada lícita, devendo os trabalhadores receber as indenizações determinadas pela lei (acima estudadas).

Porém, caso o empregador não obedeça às determinações legais, conforme art. 383, do Código do Trabalho, a cessação coletiva será considerada ilícita. É o que ocorre quando o empregador não tiver realizado a comunicação à comissão de trabalhadores, e na sua falta à comissão intersindical ou às comissões sindicais da empresa representativas dos trabalhadores a abranger (e na falta destas pessoalmente a cada empregado).

Também será considerada ilícita a cessação coletiva em que o empregador não tiver observado o prazo de 15 dias, previsto no parágrafo 1º, do art. 363, bem como, caso o trabalhador não receba até o final de seu aviso prévio suas verbas trabalhistas previstas no art. 366 e créditos vencidos ou exigíveis em virtude da cessação do contrato de trabalho, sem prejuízo da previsão na parte final do § 4º, do art. 363 (aviso prévio indenizado).

A ilicitude da cessação contratual trabalhista somente pode ser declarada pelo Poder Judiciário, através de ação de impugnação do despedimento coletivo, devendo ser ajuizada no prazo de 6 meses da cessação do contrato de trabalho, tudo conforme art. 388, do Código do Trabalho de Portugal.

Declarada a ilicitude da cessação coletiva, o empregador é condenado a indenizar os trabalhadores por todos os danos sofridos, sendo eles patrimoniais ou não; bem como, reintegrá-los, devendo retornarem na sua função, ocorrendo a contabilidade de tempo no serviço (do período da data da cessação até sua reintegração), conforme alíneas a e b, do § 1º, do art. 389, do Código do Trabalho de Portugal.

A violação aos parágrafo 1º, do art. 389, constitui falta grave do empregador.

Além das indenizações estudadas para a cessação coletiva lícita, o trabalhador faz *jus* a receber ainda, conforme art. 390, uma indenização correspondente aos valores que deixou de receber da cessação contratual até o trânsito em julgado da decisão do tribunal declarando a ilicitude da cessação coletiva.

Preceitua o § 2º, do art. 389, que no caso de mera irregularidade procedimental fundada por omissão das diligências probatórias previstas no § 2º e o § 3º, do art. 356, ou na hipótese a inobservância do prazo determinado no § 3º, do art. 357, se forem declarados procedentes os motivos alegados pelo empregador, o trabalhador terá apenas a indenização correspondente a metade do valor que resultaria da aplicação do § 1º, do art. 391.

Por seu turno o § 1º, do art. 391, do Código do Trabalho se Portugal determina que o trabalhador pode optar até a audiência de julgamento, ao invés de sua reintegração, receber uma outra indenização (sem prejuízo das demais). Essa indenização será calculada pelo tempo de serviço. O trabalhador irá receber por cada ano de serviço (ou fração ideal, caso não tenha completado um ano) o valor equivalente entre 15 e 45 dias de trabalho, conforme estipulado pelo Tribunal, devendo ser levado em consideração tanto o valor do salário do empregado, como o grau da ilicitude do empregador nos parâmetros do art. 381.

O período a ser calculado para fins desta indenização compreende tanto o período do contrato de trabalho, mais o período compreendido entre a data da dispensa e o trânsito em julgado que considerou a cessação contratual ilícita.

O valor desta indenização não pode ser inferior ao valor de três salários do trabalhador.

Tratando-se de microempresa ou de empregados que ocupem cargo de administração ou de direção, conforme art. 392, do Código do Trabalho, o empregador pode requerer ao Tribunal que exclua a reintegração com o fundamento da relação estar prejudicada, podendo assim prejudicar o funcionamento empresarial.

Sendo aceito o requerimento empresarial, o trabalhador fará jus a receber uma indenização (sem prejuízo das demais), calculada por cada ano de serviço (ou fração ideal, caso não tenha completado em integralidade) o trabalhador receberá o valor equivalente entre 30 e 60 dias de trabalho, conforme estipulado pelo Tribunal, devendo ser levado em consideração tanto o valor do salário do empregado, como o grau da ilicitude do empregador nos parâmetros do art. 381.

Para esta indenização, o período a ser calculado compreenderá também, tanto o período do contrato de trabalho, mais o período compreendido entre a data da dispensa e o trânsito em julgado que considerou a cessação contratual ilícita.

O valor desta indenização não pode ser inferior ao valor de seis salários do trabalhador.

O previsto do art. 392, do Código do Trabalho, não se aplica a cessação contratual fundada em motivo político, ideológico, étnico, religioso ou quando o motivo de não reintegração seja culposamente criado pelo empregador.

8.6 Outros países europeus

Ainda no continente europeu somente a título de informação, tem-se notícias que na Holanda a cessação coletiva só pode ser ocorrer se o órgão administrativo permitir. Já na Grã-Bretanha, o empregador deve consultar o sindicato profissional e informar previamente o *Redundancy Payments Office of the Department of Employment*. Em caso de descumprimento, a questão pode ser levada aos Tribunais, que condenam o empregador a uma indenização consubstanciada na idade e no prejuízo do trabalhador

Na França a Lei de 3 de janeiro de 1975 regulamenta o tema, exigindo como premissa para uma cessação coletiva um motivo econômico. O empregador desejando realizar uma cessação coletiva, deverá requerer a competente autorização junto ao Departamento do Trabalho, que poderá deferir ou indeferir o pedido. Indeferido o pedido e esgotado o prazo recursal, a cessação coletiva implica sanções de natureza civil e penal, caso o empregador venha a descumprir a decisão. O Tribunal pode declarar a nulidade da cessação coletiva caso não seja obedecido o processo de consulta previsto em lei.

Registra-se também, que conforme a tese de doutorado apresentada por Lorena Vasconcelos Porto – *La Disciplina Dei Licenziamenti In Italia e Nel Diritto Comparato: Una Proposta Per Il Diritto Del Lavoro In Brasile* -, países como Dinamarca, Suécia e Finlândia regulamentam a cessação contratual coletiva trabalhistas em seus respectivos ordenamentos jurídicos, trazendo tanto conceito desta modalidade de cessação contratual (ou seja, arrola os requisitos temporal, qualitativo e quantitativo), bem como prevêm o procedimento obrigatório a ser adotado pelo empregador, sendo em regra a informação e consulta aos sindicatos e a notificação à autoridade administrativa. Destaque para a Finlândia em seu

requisitivo quantitativo assevera que a cessação contratual de apenas um contrato de trabalho, por razão econômica, produtiva ou assemelhada, é capaz de caracterizar uma cessação coletiva.

8.7 Argentina

A norma que regulamenta a cessação coletiva na Argentina é a Lei n. 24.013, promulgada em 5.12.91, que em seu capítulo 6 traz artigos que tratam sobre o tema, prevendo os requisitos legais, bem como o procedimento a ser adotado pelas partes previamente, denominado como procedimento prévio.

8.7.1 Requisitos para a cessação contratual coletiva na Argentina

Para a caracterização da cessação contratual coletiva no direito trabalhista argentino devem ser observados somente dois requisitos, o qualitativo e o quantitativo, inexistindo o temporal.

O requisito qualitativo a ser observado é pelo empregador são motivos de força maior, econômicos ou tecnológicos.

O quantitativo é o número de empregados que terão seus contratos de trabalho cessados. Nesse caso deve ser observada a proporção de: mais 15% do quadro de funcionários, caso a empresa tenha menos de 400 empregados; acima de 10% do total de empregados na empresa que possuir entre quatrocentos e mil trabalhadores e superior a 5% nas empresas com mais de mil empregados³¹¹.

³¹¹ Art. 98, da Lei n. 24.013/91.

8.7.2 Do procedimento da cessação contratual coletiva argentina

Antes da cessação contratual coletiva ou o empregador ou a associação sindical, deverá requerer perante o Ministério do Trabalho e da Segurança Social, um procedimento prévio na tentativa de evitar ou diminuir a cessação coletiva³¹².

Nesse requerimento a parte interessada deverá anexar todos os documentos que comprovem suas alegações e que considerem relevantes³¹³. Caso seja o empregador que tenha tido a intenção, deverá informar o número e a categoria de trabalhadores que pretende dispensar e o valor da indenização que pretende pagar a cada obreiro.

Recebido o requerimento pelo Ministério do Trabalho e da Segurança Social, a parte dentro de 48 horas notificará a parte contrária do pleito e a convocará para uma primeira audiência, a ser realizada no prazo de 5 dias³¹⁴.

Realizada a audiência e não logrado um acordo, será aberto um período de negociação entre a entidade patronal e a associação sindical, que não poderá deixar de ocorrer no prazo de 10 dias³¹⁵.

O Ministério do Trabalho e Segurança Social, pode de ofício ou a requerimento de uma das partes, pleitear maiores esclarecimentos e informações sobre os fatos alegados ou então pode também realizar pesquisas, requerer opiniões e assessoramento e qualquer outra medida que entender necessária³¹⁶.

Caso as partes respeitando os prazos estabelecidos em lei alcançarem um acordo e levando-o para a apreciação do Ministério do Trabalho e da Segurança Social, que no prazo de 10 dias poderá homologar o acordo passando a ter eficácia de convenção coletiva do trabalho ou então poderá recusá-lo mediante decisão fundamentada³¹⁷.

³¹² Art. 99, da Lei n. 24.013/91.

³¹³ Art. 99, da Lei n. 24.013/91.

³¹⁴ Art. 100, da Lei n. 24.013/91.

³¹⁵ Art. 101, da Lei n. 24.013/91.

³¹⁶ Art. 102, da Lei n. 24.013/91.

³¹⁷ Art. 103, da Lei n. 24.013/91.

Decorrido o prazo de 10 dias sem o pronunciamento do Ministério do Trabalho e da Segurança Social, o acordo será interpretado como homologado e assim repercutindo seus efeitos legais³¹⁸.

Desde a notificação prevista no art. 100, até o término da conclusão do procedimento da crise, o empregador não poderá rescindir nenhum contrato de trabalho e os trabalhadores por seu turno não poderão realizar greve ou outras medidas de ação sindical³¹⁹.

A violação desta norma por parte do empregador determinará que os trabalhadores afetados tenham seus postos de trabalho mantidos (reintegração) e recebam seus salários. Lado outro, caso os trabalhadores façam greve ou outras medidas de ação coletiva serão aplicáveis às disposições da Lei n. 14.786³²⁰.

Expirados os respectivos prazos legais sem que as partes tenham acordado, o procedimento de crise dar-se-a por concluído³²¹, desaparecendo as proibições previstas no art. 104, da Lei n. 24.013/91.

Ainda no âmbito da América do Sul, tem-se notícias de que países como Colômbia, Peru e Venezuela também regulamentam o procedimento a ser obedecido nas dispensas coletivas, prevendo controle prévio administrativo ou sindical.

8.8 México

Quanto ao México, cabe destacar sua importância no contexto empírico do Direito do Trabalho, porquanto foi o primeiro país a inserir em sua Constituição, no ano de 1917, direitos sociais, iniciando o processo de constitucionalização dos direitos trabalhistas.

O México regulamenta a cessação coletiva em seu ordenamento jurídico, através da *Ley Federal del Trabajo*, de 1.04.1970, que sofreu alterações em 17.01.2006.

³¹⁸ Art. 103, da Lei n. 24.013/91

³¹⁹ Art. 104, da Lei n. 24.013/91

³²⁰ Art. 104, da Lei n. 24.013/91

³²¹ Art. 105, da Lei n. 24.013/91

A regulamentação da cessação contratual coletiva no México dar-se-á principalmente entre os artigos 433 e 436, da mencionada Lei e preceitua em linhas gerais que havendo um rompimento coletivo dos contratos de trabalho, o empregador deverá comunicar a Junta de Conciliação e Arbitragem, para instaurar o procedimento previsto em lei e assim obter a autorização para as rupturas contratuais, sendo que o trabalhador fará *jus* a receber uma indenização pela perda de seu emprego.

8.9 Organização Internacional do Trabalho

A primeira Recomendação da OIT para regular tanto a cessação contratual individual, como a coletiva, foi a Recomendação n. 119, de 1963, que teve como base a Lei de 1951, da Alemanha. Após essa Recomendação que países europeus passaram a se preocupar com o tema, bem como, a União Européia que em 1975, editou a Diretriz n. 75/129/CEE e a própria OIT que em 1982, elaborou a Convenção n. 158, de 1982 e para regulamentá-la editou a Recomendação n. 166. A União Européia em 1992, lançou a Diretriz 92/56/CEE e por fim, no ano 1998, editou a Diretiva nº 98/59/CEE, reconhecendo que a proteção contra a cessação contratual coletiva contribui para o desenvolvimento econômico e social equilibrado da Comunidade Européia.

Esses instrumentos coletivos, além de preceituarem os procedimentos prévios que devem ser obedecidos, prevêm medidas alternativas prévias (e posteriores) que podem ser adotadas pelo empregador, para evitarem a cessação coletiva ou então diminuir o número de contratos que serão rompidos. Estabelece ainda a participação nessa fase dos representantes dos trabalhadores e do Estado.

Cabe ainda destacar, que essas previsões internacionais da OIT não arrolam objetivamente quais seriam seus requisitos quantitativos e temporais capazes de caracterizarem uma cessação coletiva. Eles fazem menção somente ao requisito qualitativo sendo eles: motivos econômicos, tecnológicos, estruturais e análogos.

A Recomendação n. 119 da OIT, regulamenta medidas que podem ser adotadas pelo empregador antes de realizar a cessação contratual coletiva, com intuito de evitá-la ou diminuir seus efeitos maléficos, como por exemplo diminuição

de horas extras, formação, readaptação profissional e transferência do obreiro para outra função e um critério de escolha a ser observada caso a dispensa venha a ocorrer.

Estabelece ainda um procedimento prévio a ser adotado diante de uma cessação em massa, como por exemplo, consulta aos representantes dos trabalhadores e notificação às autoridades competentes e estipula ainda uma previsão de aviso prévio, indenização e reintegração, caso a empresa venha a efetuar novas contratações.

A Convenção 158, da OIT, em seus arts. ns. 13 e 14, preceitua que existindo cessação coletiva por motivos econômicos, técnicos, estruturais ou análogos, o empregador deverá informar oportunamente os representantes dos trabalhadores, bem como manter negociações com este órgão e notificar a autoridade competente - via de regra o Ministério do Trabalho -, cientificando-a da sua pretensão, dos motivos da ruptura contratual coletiva, o número de contratos que serão cessados e o período durante o qual as rupturas ocorrerão.

Cabe destacar que a Convenção n. 158, em seu art. 10, prevê a possibilidade de reintegração do empregado através da via judicial quando a cessação contratual coletiva ficar considerada injustificada.

Para a OIT na hipótese do empregador romper contratos coletivamente de realizar o procedimento sugerido, praticar uma cessação injustificada, mas não prevê nenhuma sanção para o empregador, salvo como acima mencionado, a reintegração dos empregados dispensados ou então uma indenização diferenciada.

E por fim, a Recomendação n. 166, da OIT, em seu art. 21, sugere propostas alternativas a cessação contratual coletiva, para que a mesma possa ser evitada ou seus efeitos maléficos sejam diminuídos³²².

No art. 25, confere a autoridade administrativa, ordinariamente o Ministério do Trabalho, uma maior participação nos procedimentos prévios a cessação coletiva, determinando sua colaboração com os interessados para uma tentativa de acordo seja para evitar ou atenuar os efeitos da ruptura contratual coletiva e estabelece ainda em seu art. 26, procedimentos de ajuda o empregado dispensado na obtenção

³²² Pode-se destacar a restrição a novas contratações sem reposição de vagas durante determinado período, remanejamento interno, cursos de melhoria ao trabalhador, programa de demissão voluntária, diminuição das horas extraordinárias e redução da duração normal da jornada de trabalho.

de outro emprego ou na criação de programas de aprimoramento do empregado para sua recolocação no mercado de trabalho.

Feito o estudo estrangeiro neste capítulo, percebe-se facilmente que a diversos países, bem como, a União Européia e a Organização Internacional do Trabalho, reconhecendo a importância do valor trabalho, tratam de proteger a manutenção do emprego, para que o desemprego venha a ser evitado, regulamentando e conceituando a cessação coletiva. O Brasil, em sentido contrário não fez o mesmo, deixando seus jurisdicionados sem qualquer proteção contra a cessação contratual coletiva

Foi justamente esta lacuna normativa (juntamente com a ausência de obra jurídica que analise a cessação contratual coletiva), que originaram o presente estudo, vez que, o Brasil não pode deixar de ofertar a sua população uma proteção contra esta modalidade de cessação contratual que não afeta somente o empregado e seus dependentes, mas sim toda a sociedade, causando um forte impacto social, além do abalo psíquico que atingem uma coletividade de trabalhadores.

9 CONCLUSÃO

A história ensina que o trabalho é capaz de conduzir tanto o ser humano, como a sociedade a feitos e conquistas inimagináveis. Conhecer bem a história é vislumbrar um futuro melhor. Uma sociedade sem trabalho é uma sociedade vazia, sem vida e sem circulação de riqueza. Valorizar o trabalho é valorizar o ser humano e construir uma sociedade melhor e para isso, não basta ofertar acesso ao mesmo, mas também sua manutenção.

No presente momento histórico, a proteção contra a cessação contratual arbitrária (individual ou coletiva) trabalhista ganha uma maior importância quando analisada sob quatro angulações: primeira é quanto a Terceira Revolução Industrial, que ocasionou a passagem do fordismo para o pós-fordismo, a segunda diz respeito à mudança do próprio sistema capitalista de produção (uma modificação no caráter social), que juntas vêm causando uma efetiva mudança na sociedade, deixando o trabalhador cada vez mais frágil. A terceira angulação é que em épocas de crise econômica, acabam ocorrendo cessações contratuais coletivas que prejudicam toda a sociedade e às vezes uma nação. A quarta por seu turno traz a tona que a falta de proteção contra a cessação arbitrária, retira a efetividade das normas trabalhistas, prejudicando assim o Direito do Trabalho.

A proteção contra a cessação contratual arbitrária (tanto na seara individual, com na coletiva) observada sob as quatro angulações acima demonstradas, ao mesmo tempo, que valoriza o ser humano e o trabalho, ainda protege a sociedade contra o desemprego e torna mais efetivas as normas trabalhistas no curso contratual.

O Brasil, atualmente ofertando o devido reconhecimento ao trabalho valoriza-o como: um de seus fundamentos, um direito social, uma das bases da ordem econômica e primado da ordem social. A sua espécie, relação de emprego, encontra-se devidamente regulamentada na Constituição da República de 1988, através de seu artigo 7º, que elenca o que há de mais importante na Consolidação das Leis do Trabalho, existente desde 1943.

Dentre os direitos arrolados no art. 7º, da Carta Magna brasileira, destaca-se aquele previsto no inciso I, que prevê a proibição da cessação contratual individual

arbitrária, sob pena de indenização compensatória (prevista em lei complementar) e outros direitos (que não foram criados até a presente data).

O ordenamento jurídico brasileiro não conceitua e não regulamenta a cessação contratual coletiva trabalhista. Mas, não é por causa desta lacuna que a cessação contratual coletiva pode ocorrer de forma arbitrária, devendo existir limites quanto a tal prática. Urge salientar, que esta modalidade de cessação contratual não pode ser entendida (receber o mesmo tratamento) que uma cessação contratual plúrima (pois são eventos distintos provocando inclusive efeitos sociais dispares).

Muito embora a omissão normativa brasileira quanto ao tema, existem no ordenamento jurídico brasileiro princípios constitucionais (que também são normas, conforme pós-positivismo), que não permitem que uma cessação contratual coletiva ocorra de forma arbitrária, impondo assim limites a tal questão.

Além do uso dos princípios, na hipótese de omissão o Poder Judiciário Trabalhista para o julgamento de uma lide, pode recorrer ao estudo comparado (art. 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho).

Fazendo um estudo do direito estrangeiro, constata-se que países como Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, França, Inglaterra, Holanda, México e Argentina, que conceituam e regulamentam essa modalidade de cessação contratual.

Todas as nações *supra* mencionadas estabelecem limites à cessação contratual coletiva, impondo que para sua realização deve existir uma causa, comprovada mediante uma consulta ao Sindicato da categoria, bem como ao Órgão Administrativo do Estado ligado as questões trabalhistas (variando conforme o ordenamento jurídico local).

Caso fique devidamente comprovada a causa que ensejou a cessação contratual coletiva, deverá ocorrer então uma negociação coletiva junto ao respectivo Sindicato (dependendo do país, também com a participação do Órgão Administrativo), para que a mesma possa ser evitada (como por exemplo: negociação da diminuição de salário, jornada de trabalho e outras medidas adotadas) ou então ter seus efeitos diminuídos (diminuição de trabalhadores dispensados). Além disso, também deve ser criada uma diretriz para a ocorrência da mesma, quer seja, um plano estabelecendo o critério a ser adotado na escolha dos trabalhadores que terão seus contratos rompidos.

Decidem os países mencionados, que na hipótese de ocorrer uma cessação contratual coletiva à margem da regulamentação imposta, será declarada nula, ocorrendo assim à reintegração dos trabalhadores.

Até que seja elaborada uma regra específica regulamentando a cessação contratual coletiva brasileira, o estudo comparado e os princípios constitucionais brasileiros (através do pós-positivismo) devem servir como padrão normativo para o Poder Judiciário Trabalhista no julgamento de uma lide, para que assim possam ser determinados os limites a tal prática, ofertando aos jurisdicionados uma proteção (superior à ofertada à individual) contra esta modalidade de cessação contratual que quando realizada de forma arbitrária atenta diretamente contra normas constitucionais brasileiras, como: respeito à dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho e especialmente do emprego, a submissão da propriedade à sua função socioambiental e intervenção sindical nas questões trabalhistas.

O Colendo Tribunal Superior do Trabalho, por meio de sua Seção Especializada em Dissídio Coletivo, no julgamento da ação trabalhista, autos n. 0309/2009, decidiu no sentido do que preceitua o estudo estrangeiro a luz dos princípios constitucionais brasileiros, asseverando ainda que estava criando uma premissa para a cessação contratual coletiva não ser considerada arbitrária: “de que deve haver a negociação coletiva prévia”.

Esta r. decisão representa importante *leading case*. A partir deste notável e histórico julgado, qualquer cessação contratual coletiva que ocorra sem a negociação coletiva prévia deve ser declarada arbitrária, tão logo nula, com a reintegração dos trabalhadores que tiveram seus contratos de trabalho rescindidos coletivamente.

A partir desta construção teórica devemos passar a entender como cessação contratual coletiva trabalhista brasileira: quando através de uma única causa, contratos de trabalho são cessados pelo empregador de forma simultânea, dentro do prazo de 30 dias e ainda que os trabalhadores afetados não possam ser identificados. O número de contratos cessados, ou seja, o critério quantitativo deve ser aquele previsto no ordenamento jurídico alemão (art. 17, §1º, do KSchG).

Por fim, através de um estudo estrangeiro interpretado à luz das regras e princípios constitucionais brasileiros, conclui-se que uma cessação contratual coletiva para ser considerada lícita no Brasil, deve ter sua causa comprovada mediante Sindicato da categoria e ao órgão estatal ligado ao emprego (que no caso

brasileiro é o Ministério do Trabalho e do Emprego), após essa comprovação deve ocorrer uma negociação coletiva prévia para que a cessação coletiva possa ser evitada ou então ter seus efeitos diminuídos. Deve também ser criada uma diretriz para sua ocorrência, estabelecendo os critérios de escolha dos trabalhadores que serão seus contratos de trabalho cessados e os seus respectivos direitos (que devem ser além daqueles ofertados na seara individual).

REFERÊNCIAS

- 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, **Revista LTr**, 71, n. 03, p. 336-345, 2007.
- ARGENTINA, **Lei n. 24.013/91**.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008.
- BLAINEY, Geoffrey. **Uma breve história do mundo**. São Paulo: Editora Fundamento Educacional, 2010.
- BOSON, Mirna Savoi Silveira. Os novos sofrimentos do trabalhador: um enfoque no modelo de produção pós-fordista. *In*: VIANA, Márcio Túlio; TERRA, Luciana Soares Vidal; e SILVA JR, Décio de Abreu e (Coords.). **Direito do Trabalho & e trabalhadores sem direitos**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, Acórdão n. 309/2009-000-15-00.4. Ac. SEDC, 10.8.09, Rel. Exmo. Ministro Maurício Godinho Delgado. **Revista LTr**, 73, n. 09, p. 1105-1125, 2009.
- BRASIL, **Código Civil**. 2011.
- BRASIL, **Consolidação das Leis do Trabalho**. 2011.
- BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARDOSO, Renato César. **O trabalho e o direito**: reflexões acerca da evolução histórico-filosófica do trabalho enquanto objeto das relações jurídicas e da sua crise no direito do trabalho na contemporaneidade. 2. ed. Belo Horizonte: RTM, 2010.
- CATHARINO, José Martins. **Contrato de emprego**. Guanabara: Edições Trabalhistas, 1965.
- CESARINO JÚNIOR, Antonio Ferreira. *Apud* VIANNA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2003. v.1, p. 32.
- DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

DIRETIVA n. 92/58 da Comunidade Européia.

DIRETIVA n. 98/59 da Comunidade Européia.

DIRETIVAS n. 75/129 da Comunidade Européia.

ESPANHA, Ley del Estatuto de los Trabajadores.

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FREUD, Sigmund. *Apud* FROMM, Erick. **Meu encontro com Marx e Freud**. 7. ed. São Paulo: Zahar Editores, 1962.

FREUD, Sigmund. **O mal estar na civilização**. 4. ed. São Paulo: Zahar Editores, 1958.

GOMES, Angela de Castro; PESSANHA, Elina G. da Fonte; MOREL, Regina de Moraes (Orgs). **Arnaldo Süssekind, um construtor do Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. atualizada por Rodrigues Pinto. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

GOMES, Orlando. Dispensa coletiva na reestruturação da empresa – aspectos jurídicos do desemprego tecnológico. **Revista LTr**, São Paulo, ano 38, jul. 1974.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **A razão na história**. São Paulo: Editora Centauro, 2010.

ITÁLIA, Lei n. 223/91.

ITÁLIA, Lei n. 236/93.

JORNAL Estadão de 08/09/2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública na perspectiva dos Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2008.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2011.

LOPES MOSTEIRO, Ricardo. La directiva comunitaria n. 75/129 del 17 de febrero sobre despidos colectivos. *In*: Seminario sobre Libertad de Empresa y Relaciones Laborales. La Toja, BORRADO DACRUZ, Efrén, dir. La reforma del mercado de trabajo. Madrid, **Anais....** Actualidad Editorial, 1993, p. 819. *Apud* MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social**. São Paulo: LTr, 2009.

MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social**. São Paulo: LTr, 2000.

MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho**. 17. ed. atualizado por Luiz Inácio B. Carvalho. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1993.

MARANHÃO, Délio. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2003. v. 1.

MARANHÃO, Ney Stany Morais. **O fenômeno pós-positivista**: considerações gerais. 2009. Disponível em: <<http://ww1.anamatra.org.br/sites/1200/1223/00001573.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2009.

MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista 1848**. COGGIOLA, Osvaldo (Coord.). São Paulo: Editora Boitempo, 2002.

MARX, Karl Heinrich. **Os manuscritos econômicos-filosóficos**. Tradução de Jesus Ranieri. São Paulo: Editora Boitempo, 2004.

MÉXICO, **Ley Federal del Trabajo**, de 1.04.1970.

MORAES FILHO, Evaristo de. **A justa causa na rescisão do contrato de trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. O Debate sobre ações oriundas da relação de trabalho. **Revista LTr**, v. 74, n. 02, p. 215-315, fev. 2010.

OIT. **Recomendação n. 119**, da Organização Internacional do Trabalho. 1963.

OIT. **Convenção n. 158**, da Organização Internacional do Trabalho. 1982.

OIT. **Recomendação n. 166**, da Organização Internacional do Trabalho. 1982.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

PIMENTA, José Roberto Freire; PORTO, Lorena Vasconcelos. Instrumentalismo substancial e tutela jurisdicional civil e trabalhista: uma abordagem histórico-jurídica. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3 Região**, Belo Horizonte, v. 43, n. 73, p. 116, jan./jun. 2006.

PIMENTA, José Roberto Freire. A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional. *In*: PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana de Medeiros; FERNANDES, Nadia Soraggi (Coord.). **Tutela metaindividual trabalhista**: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo. São Paulo: LTr, 2009.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984. v. 47.

PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de emprego**: desconstrução, reconstrução e universalização do conceito jurídico. 2009. Dissertação (Mestrado) – Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho**: uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009.

PORTUGAL, **Código do Trabalho Português**. 2011.

PUC-MINAS. Curso de Pós-Graduação em Direito Privado. **Ênfase em Direito do Trabalho**. Anotações de aulas (Professor Márcio Túlio Viana).

PUC-MINAS. Curso de Pós-Graduação em Direito. Lição passada por Rosemary de Oliveira Pires. Adquirida em aula de Pós Graduação na Universidade Federal de Minas Gerais, ministradas pelo Professor Antonio Álvares da Silva, 2010.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Que é isto – o direito do trabalho. *In*: PIMENTA, José Roberto Freire *et al.* (Coords.). **Direito do Trabalho**: evolução, crise, perspectiva. São Paulo: LTr, 2004.

SANTO AGOSTINHO. **O livre arbítrio**. São Paulo: Editora Paulus, 2002.

SILVA, Antônio Álvares da. Dispensa arbitrária ou sem justa causa. **Revista dos Tribunais**. Direito do Trabalho, n. 78, p. 56, 2001.

SILVA, Antonio Álvares da. **Flexibilização das relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

SILVA, Antonio Álvares da. Dispensa coletiva e seu controle pelo poder judiciário. **Revista LTr**, 73, n. 06, p. 651-653, 2009.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O que é Direito Social? *In*: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). **Curso de Direito do Trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2007. v. 1, p. 19.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do Trabalho**: a relação de emprego. São Paulo: LTr, 2008. v.II.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Direitos Humanos**: essência do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2008.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Contra oportunismos e em defesa do direito social**.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **A consolidação das leis do trabalho histórica**. SANTOS, Aloysio (Org.). Rio de Janeiro: SENAI, SESI, 1993.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21. ed. atualizada por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2003. v.1.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

VIANA, Márcio Túlio. Convenção 158: denunciando a denúncia. *In*: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). **O que há de novo em Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.

VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado. *In*: PIMENTA, José Roberto Freire *et al.* (Coords.). **O Direito do Trabalho**: evolução, crise, perspectiva. São Paulo: LTr, 2004.

VIANNA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2003. v.1.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego, estrutura legal e supostos**. São Paulo: LTr, 2005.

ZANIBELLI, Toffoletto; ZAMBELLI, Angelo. **La disciplina del licenziamenti**. Milão, Il Sole, 24 Ore Pirola, 1997, p. 170. *Apud* MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social**. São Paulo: LTr, 2009.