

SUSTENTAÇÃO NO RE 999.435-STF

Prof. Dr. Renato Rua de Almeida¹

O acórdão recorrido da Seção de Dissídio Coletivo do Tribunal Superior do Trabalho fixou a premissa de que a negociação com os trabalhadores e respectivo sindicato é imprescindível para a despedida em massa dos trabalhadores.

O recurso de revista propugna pela reforma da decisão recorrida, sob o fundamento de que é inconstitucional, porquanto o artigo 7º, inciso I, do texto constitucional, prevê que a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa ocorrerá com a promulgação de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

Ora, a proteção da relação do emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa é em si mesma um direito fundamental previsto no texto constitucional.

Portanto, o núcleo essencial desse direito fundamental não passou a ser efetivamente garantido no ordenamento jurídico com a promulgação da Constituição Federal de 1988 ?

Seria certo dizer que sua efetividade só ocorreria com lei complementar, considerando que já decorreram mais de 33 anos sem essa regulamentação ?

Não seria considerar a criatura mais importante que o criador, na medida em que dependa a efetividade do núcleo essencial desse direito fundamental da boa-vontade do legislador infraconstitucional, colocando em segundo plano a intenção do legislador constituinte ?

Com outras palavras, pondera Luiz Facchini Neto, em obra coletiva sobre direitos fundamentais e direito privado, que, caso a eficácia de um direito fundamental dependesse com exclusividade de uma legislação infraconstitucional que o implementasse, correr-se-ia o risco de que a omissão do legislador ordinário teria mais força eficaz do que a ação do legislador constituinte.

Seria de indagar-se sobre a principal causa da inércia do legislador em aprovar a lei complementar sobre a matéria, a concluir-se pela dificuldade das Constituições regularem relações privadas, pelo que a delegam normalmente ao direito privado pelo fenômeno da irradiação com plena eficácia como se verá mais à frente.

Ora, como é sabido pela doutrina constitucional os direitos humanos, previstos em tratados internacionais, foram internalizados nas Constituições como direitos fundamentais,

¹ Doutorado em Direito do Trabalho pela Universidade de Paris I - Panthéon-Sorbonne. End. Com. Rua Cel. Xavier de Toledo, 161 - 5º andar - cj.505/506 01048-100 - São Paulo - SP - Brasil - Tel: +55 11 3255-1344 e cel: +55 11 99981-5918 www.renatoruaemarcusaquino.adv.br renatorua@uol.com.br

assim ocorrendo com a alemã de 1949, a portuguesa de 1976, a espanhola de 1978 e a brasileira de 1988.

Esses direitos e garantias fundamentais, cujo pleno exercício no Estado Democrático de Direito efetiva no dizer de Maria Celina Bodin de Moraes o princípio maior republicano da dignidade da pessoa humana, são denominados por Alexy mandamentos de otimização, vale dizer se beneficiam da máxima efetividade, nos termos do artigo 5º, parágrafo 1º do texto constitucional brasileiro, e, com maior clareza, no direito comparado, por exemplo, segundo Canotilho, no artigo 18, I, da Constituição da República Portuguesa, isto é, são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

No caso presente, desde a promulgação da Constituição de 1988 a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa foi parcial, nos termos do artigo 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, do texto constitucional de 1988, limitando a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa a uma questão meramente indenizatória e mesmo assim insuficiente para inibi-las.

Com efeito, ficou previsto no mencionado artigo 10, inciso, I, da ADCT, que a proteção referida no artigo 7º, inciso I, do texto constitucional, até que lei complementar seja aprovada, quando fixará indenização, que fica limitada ao aumento para quatro vezes da porcentagem prevista no artigo 6º, *caput*, e parágrafo 1º, da Lei nº 5.107, de 13/9/1966, vale dizer de 10% para 40% calculados sobre os depósitos do fundo de garantia por tempo de serviço feitos pelo empregador, a título de indenização compensatória e provisória de natureza trabalhista.

Vê-se, portanto, que essa indenização de 40% sobre os depósitos do fundo de garantia do tempo de serviço não é suficientemente inibidora para sustar e compensar a hipótese de abusividade perpetrada contra esse direito fundamental, cuja máxima efetividade direta e imediata é prevista, como visto, pelo artigo 5º, § 1º, do texto constitucional.

Portanto, seja no que concerne à hipótese da despedida sem justa causa, seja da despedida arbitrária, que a doutrina trabalhista do saudoso professor Amauri Mascaro Nascimento denominou respectivamente de despedida individual e de despedida coletiva, a indenização provisória prevista na ADCT é insuficiente para impedir a abusividade contra elas se eventualmente praticadas pelo empregador.

Ademais, trata-se de garantia de cunho eminentemente monetarista e sem conotação axiológica em função do direito fundamental em questão.

Ora, em determinada hipótese de abusividade contra direitos fundamentais sociais e trabalhistas, é prevista técnica protetiva e efetiva pelo próprio texto constitucional no seu artigo 7º, inciso XXVIII, sem previsão de lei complementar, se o empregador incorrer em dolo ou culpa no acidente de trabalho de seu empregado quando deverá então indenizá-lo, por tratar-se de direito fundamental social de segunda geração ou dimensão.

Vê-se, assim, que, na hipótese específica acima de proteção contra a abusividade de direito fundamental sobre acidente de trabalho, o legislador constituinte valeu-se de medida sancionatória eficaz, o que leva à conclusão de que também em relação à proteção contra a abusividade da despedida arbitrária ou sem justa causa deve ser feita uma interpretação sistemática no texto constitucional e no ordenamento jurídico para a identificação de sua eficácia.

No que concerne à proteção contra a abusividade da despedida individual como direito fundamental, pode-se dizer que a técnica protetiva constitucional é indireta e mediata nas hipóteses do *venire contra factum proprium* e da *culpa post pactum finitum*, violadoras da boa-fé objetiva na relação de trabalho, na conformidade dos artigos 187 e 422 do Código Civil de 2002 aprovado sob a égide da Constituição Federal de 1988, proteção de natureza indenizatória pelo ilícito praticado, em cumprimento nunca é demais repetir do conteúdo do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, como decorrência da aplicação do princípio constitucional republicano da solidariedade, previsto no artigo 3º, inciso I, do texto constitucional, conforme doutrina extraída das lições constitucionalistas e civilistas dos juristas Ingo Wolfgang Sarlet e Judith Martins-Costa e que foram trazidas para a seara trabalhista pelos juristas Arion Sayão Romita e Aldacy Rachid Coutinho.

Em relação à abusividade na despedida coletiva, ela ocorreria na hipótese em que a empresa empregadora deixasse de informar aos trabalhadores e à entidade profissional que os representa na defesa desses interesses individuais homogêneos, inclusive por mandato previsto pelo artigo 8º, inciso III, do texto constitucional, os motivos de ordem econômica de natureza conjuntural ou estrutural, em razão do que, de forma ilícita, consumou-se a ruptura contratual unilateral em massa de trabalhadores.

Tal se justifica, uma vez que o fato jurídico da motivação concerne ao empregador e ora recorrente, que deveria previamente informá-lo à parte contrária e seus representantes recorridos antes da consumação da ruptura contratual em massa dos trabalhadores.

Diferente, portanto, da despedida individual sem justa causa, ato unilateral potestativo do empregador, cuja validade só dependeria de informação ao empregado na hipótese de despedida com justa causa, consistente em suposto ato jurídico contratual unilateral e ilegal do empregado, para a garantia do exercício de seu direito constitucional ao contraditório como trabalhador-cidadão.

Ora, foi exatamente essa hipótese que ocorreu nos presentes autos, estando provado que tal prequestionamento foi feito pelos recorridos desde a propositura da petição inicial, como também em todas as fases recursais do processo.

Essa exigência do direito ao acesso à informação nas relações jurídicas está prescrita no artigo 5º, inciso XIV, do texto constitucional brasileiro, como regra jurídica e não como simples princípio normativo de direito fundamental de primeira geração, pelo que tem

maior eficácia e não depende de ponderação, face outros valores constitucionais para sua aplicação com o exame fático e jurídico no caso presente da despedida em massa.

Essa distinção é feita, de maneira geral, por Dworkin e Alexy.

Ora, a efetividade do direito ao acesso à informação da motivação da despedida em massa traria como consequência lógica a negociação entre as partes com a presença sindical profissional na tentativa de substituir o mal maior da ruptura contratual em massa dos trabalhadores pelo mal menor da manutenção dos empregos.

Essa manutenção dos empregos poderia ocorrer com medidas negociadas como a concessão de férias coletivas, a suspensão do contrato de trabalho com cursos de formação profissional patrocinados pelo órgão público federal competente, a redução da jornada de trabalho com diminuição proporcional de salário, e, caso a despedida em massa se mostrasse indispensável com a exibição de provas pela empresa empregadora, para evitar outro mal maior que seria a quebra da empresa, e, então, tentar-se-ia, ainda pelos mecanismos da negociação direta com os trabalhadores e respectivo sindicato representativo, ou mesmo pelas formas de mediação ou arbitragem privadas, sem deixar de lado, se necessário for, formas judiciais de mediação, a busca da redução do número dos despedidos, e, em caso dessa redução mostrar-se impossível para sanar a crise econômico-financeira da empresa, fosse então elaborada lista dos despedidos, poupando aqueles trabalhadores casados com prole, dando preferência aos já aposentados e aos mais jovens sem prole.

Portanto, a interpretação sistemática dos artigos 7º, inciso I, e 5º, inciso XIV, ambos da Constituição Federal de 1988, combinados com o artigo 5º, § 1º, também do texto constitucional, este sobre a imediata efetividade do direito fundamental em questão, levaria à unidade constitucional preconizada por Jorge Miranda em matéria de proteção contra a despedida arbitrária ou coletiva, como direito fundamental social e trabalhista de segunda geração.

Ademais, expressaria aquilo que Alain Supiot, com base na lição de Habermas, afirma ser o direito contemporâneo mais regulatório entre as partes e menos originário da regulamentação heterônoma do Estado, que na seara trabalhista se efetiva pela informação e pela negociação coletiva, conforme as Convenções 98 e 154, da OIT, ambas ratificadas pelo Brasil, e pelo direito fundamental social e sindical que tem legitimada sua participação nas relações coletivas de trabalho, nos termos dos artigos 7º, inciso XXVI, e 8º, inciso V, ambos da Constituição de 1988.

Aliás, esse sistema de informação e negociação prévia nas despedidas coletivas é norma prevista pela Convenção n. 158 da OIT e também pela legislação dos países membros da União Europeia, em decorrência de diretivas aprovadas pelo Parlamento Europeu nesse sentido.

É importante saber que a hipótese dos autos não se trata de uma negociação coletiva propriamente dita, quando é prevista a melhoria da condição social do trabalhador,

como preconizado pelo *caput* do artigo 7º e seus incisos V, XIII e XIV, do texto constitucional brasileiro, quando deverão ser indicadas expressas contrapartidas recíprocas, cujos contratos individuais de trabalho estão em curso, nos termos do artigo 611-A, da CLT, com a redação dada pela lei da Reforma Trabalhista, mas a presença complementar sindical na defesa dos interesses individuais homogêneos dos trabalhadores despedidos em massa.

Como já visto e agora de maneira mais enfática, esse abuso de direito praticado pela empresa recorrida ao não assegurar aos trabalhadores despedidos em massa e ao sindicato representativo o acesso à informação da motivação do ato jurídico e a consequente negociação, implicou, no caso presente, violação da boa-fé objetiva e seus deveres anexos de informar e negociar, nos termos do artigo 187 do Código Civil constitucionalizado, conforme expressão da doutrina civilista brasileira, que tem aprofundado os estudos da aplicação mediata e indireta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas contratuais, inclusive trabalhistas e de direito coletivo, sobretudo no Rio Grande do Sul, com Eugênio Facchini Neto, no Paraná com Luiz Edson Fachin, em São Paulo com Antonio Junqueira de Azevedo e Renan Lotufo, no Rio de Janeiro com Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes, que se valeram das lições primeiras de Claus-Wilhelm Canaris expostas no direito alemão.

Essa irradiação dos direitos fundamentais nas relações privadas na busca de eficácia justifica-se pelo fato de que, segundo Canaris, as Constituições, em princípio, não são o lugar correto nem habitual para regulamentar as relações entre cidadãos individuais e pessoas jurídicas, consistindo, pelo contrário, tarefa específica do direito privado.

A propósito, a hipótese acima exposta do artigo 7º, inciso XXVIII, do texto constitucional, sobre a culpa ou dolo patronal no acidente de trabalho de seus empregados é uma exceção que confirma a regra de que há delegação constitucional para o direito obrigacional civil e trabalhista regulamentar a matéria.

A violação do artigo 187 do Código Civil deu-se pelo fato de exercer a empresa recorrente seu direito de despedir coletivamente seus empregados excedendo, no entanto, os limites impostos pela boa-fé e seus deveres anexos de informar e negociar.

Configura-se na hipótese dos autos a aplicação da teoria do diálogo das fontes, que, segundo a jurista Cláudia Lima Marques, que foi orientanda em seu doutorado na Universidade de Heidelberg pelo criador da teoria do diálogo das fontes Erik Jayme, ocorre no caso presente entre o direito constitucional, o direito civil e o direito do trabalho, teoria do diálogo das fontes essa que se aplica sempre quando está em conflito a proteção dos direitos fundamentais da parte mais débil nas relações consumeristas e trabalhistas.

Ocorre, assim, em relação ao disposto no artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, no que concerne à busca da efetividade da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, como direito fundamental social, nas razões acima expostas, aquilo que Miguel Reale denomina concreção jurídica.

Aliás, a despedida coletiva abrupta e intempestiva de 4.200 trabalhadores em 2009 sob o pretexto da crise das duplicatas em 2008 nos Estados Unidos, que teria afetado a venda de aeronaves para o exterior, revelou-se a seguir prejudicial à própria empresa recorrente, conforme entrevista dada por seu presidente à mídia três meses depois da efetivação da despedida coletiva.

É que a crise não se mostrara tão extensiva, quando poderiam ser despedidos bem menos trabalhadores, e, por essa razão, a empresa se via na obrigação de recontratar novos trabalhadores e treiná-los, o que implicaria perda de produtividade e atraso na retomada das vendas de suas aeronaves.

Ademais, o supedâneo às vezes invocado do disposto no artigo 477-A da CLT, inserido pela Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, sobre a Reforma Trabalhista, é inaplicável ao caso presente, porque eivado de inconstitucionalidade formal ao regulamentar por lei ordinária a despedida coletiva, quando a previsão do artigo 7º, inciso I da CLT, do texto constitucional, prescreve que tal regulamentação só poderá ocorrer por meio de lei complementar.

Padece ainda de inconstitucionalidade material o citado artigo 477-A da CLT, por contrariar o disposto no artigo 5º, inciso XIV do texto constitucional, ao não prever o direito ao acesso à informação da motivação da despedida coletiva e a consequente negociação entre as partes.

Por derradeiro, é preciso dizer que todas as técnicas acima expostas de efetividade do núcleo essencial do direito fundamental da proteção contra a despedida sem justa causa, na forma da despedida individual e, especialmente da despedida arbitrária, na forma da despedida coletiva, resultam, em última análise, na consagração do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, dentre outros, de construir uma sociedade livre, justa e solidária, conforme previsão do artigo 3º, inciso I, do texto constitucional, para, no caso presente, assegurar a dignidade da pessoa humana do trabalhador brasileiro, cuja valorização do trabalho e a busca do pleno emprego são mandamentos previstos respectivamente pelo *caput* do artigo 170 e seu inciso VII, do texto constitucional, como meio de realização profissional e sobrevivência pessoal do trabalhador.

Isto posto, espera-se seja improvido o recurso extraordinário interposto pela empresa recorrente, mantendo-se, no particular, a decisão da SDC do TST, que já se firmara como *leading case*, isto é, como decisão paradigmática, pela qual a despedida coletiva desde então passou a ser, com a garantia do acesso à informação pela empresa aos trabalhadores e seu respectivo sindicato sobre a motivação do ato jurídico unilateral e com a consequente negociação prévia, uma prática saudável e eficaz de solução desse conflito dos interesses individuais homogêneos dos trabalhadores ameaçados de despedida coletiva nessas relações individuais plúrimas com as empresas empregadoras.

Esse *leading case* resultante da decisão da SDC do TST vê-se agora ameaçado pela inconstitucionalidade do artigo 447-A da CLT, mas sobretudo caso a decisão de Vossas

Excelências conheça e proveja o recurso extraordinário, que sepultará de vez a histórica decisão da SDC do TST e representará, com a devida vênia, retrocesso social perante a Nação brasileira e perante o concerto das Nações.

Portanto, espera-se o não provimento do recurso de revista, com a manutenção da decisão recorrida, como medida de inteira e salutar Justiça !

Renato Rua de Almeida

OAB/SP 29.241