

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,
ESPAÑHOLA E FRANCESA

RENATO RUA DE ALMEIDA



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

Renato Rua de Almeida (*)

Introdução

O presente estudo pretende examinar o regime geral da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa no Direito do Trabalho contemporâneo e suas implicações na legislação brasileira, bem como nas legislações portuguesa, espanhola e francesa.

O estudo dessas implicações nas legislações comparadas, que se encontram num estágio mais aperfeiçoado do que a legislação brasileira permitirá a reflexão da urgente necessidade da modernização do regime geral da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa no direito brasileiro pela lei complementar prevista pelo art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988, com vistas a uma maior eficácia técnica e social.

Essa modernização se impõe pelo fato de a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa estar consagrada no texto constitucional como direito social fundamental, exigindo a máxima efetividade.

A escolha das legislações comparadas portuguesa, espanhola e francesa, como ocorreria também com a legislação italiana, dentre as demais legislações dos países membros da União Européia, dá-se pelo fato de sua maior proximidade com o direito brasileiro (afinal pertencem, como a legislação brasileira, à família romano-germânica do direito), além de apresentarem diferenças interessantes entre si no tocante, sobretudo, às consequências jurídicas da despedida individual declarada nula ou ilícita.

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 emprego.

Essa importante distinção entre a despedida, como ato unilateral de extinção contratual por iniciativa do empregador, e a demissão, como ato unilateral de extinção por iniciativa do empregado, é completado pelo Direito do Trabalho contemporâneo com o tratamento jurídico diferenciado dado à despedida individual em relação à despedida coletiva.

A despedida coletiva relaciona-se a uma causa objetiva da empresa, de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural, e é tida como ato complexo e procedimental condicionado normalmente ao crivo da participação da representação eleita dos empregados na empresa.

Já a despedida individual, que é objeto do presente estudo, só se justifica por motivo disciplinar atribuído ao empregado ou por sua inaptidão profissional às mudanças técnicas da empresa.

O ato do empregador de despedir individualmente o trabalhador sofre controle *a priori*, como a comunicação escrita e o procedimento que garante ao empregado despedido o direito ao contraditório, e *a posteriori*, quando, se mantida pelo empregador a decisão de despedir, ela estará sujeita à apreciação por órgão neutro, judicial ou

(*) Renato Rua de Almeida, advogado trabalhista, professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da PUC-SP e doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne). Sócio do IBDS Cesarino Júnior e do Conselho da AAT de São Paulo.

extrajudicial, podendo resultar na declaração de sua nulidade ou ilicitude, com a conseqüente reintegração do empregado no emprego ou a sua conversão em indenização compensatória.

Numa primeira parte, far-se-á a análise das características gerais do regime da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa no Direito do Trabalho contemporâneo.

A seguir, será examinado o regime geral do direito brasileiro sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida sem justa causa, que se confunde com a noção da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa.

E, por fim, o estudo do regime geral da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa nos direitos português, espanhol e francês.

No estudo dos regimes gerais dos direitos ora contemplados, far-se-á apenas a análise das hipóteses gerais da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa e suas conseqüências jurídicas, sem o exame das situações específicas encontradas nos institutos das estabilidade especiais ou provisórias, assim denominadas pela doutrina brasileira, como, por exemplo, a do dirigente sindical, mesmo porque esta hipótese tem implicações no direito coletivo do trabalho, que não é objeto do presente estudo.

Também a hipótese da despedida discriminatória prevista no Brasil pela Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995, não será examinada no presente estudo, porquanto ela não está enquadrada no regime geral brasileiro da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa, como está a despedida discriminatória no direito espanhol, sendo mesmo uma de suas espécies, considerada nula, trazendo como conseqüência o direito do trabalhador à reintegração no emprego, como, aliás, também na hipótese do direito brasileiro, mas justamente por ser uma situação peculiar, diferentemente da conseqüência jurídica exclusiva da indenização, conforme o texto constitucional brasileiro, ao regular o regime geral da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa.

Optou-se pelo uso exclusivo da expressão despedida, por encontrar-se no art. 7º, I, da Constituição Federal brasileira, embora seja também usual a expressão dispensa ou despedimento, esta última mais no direito português.

1. As características gerais do regime da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa no Direito do Trabalho contemporâneo

Antes do exame das características gerais do regime da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa, 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 a despedida coletiva.

Em primeiro lugar, quando se trata da extinção por iniciativa do empregado e do empregador, a doutrina ressalta a ruptura da igualdade no tratamento jurídico entre ambos os institutos.

Antonio Monteiro Fernandes⁽¹⁾ descreve a "quebra da tradicional paridade ou homologia dos regimes de extinção do contrato por iniciativa do trabalhador e do empregador".

Amauri Mascaro Nascimento⁽²⁾ ressalta a evolução da igualdade formal da concepção clássica para a desigualdade da concepção contemporânea relativa à extinção por iniciativa do empregado e do empregador.

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 1988.

A ruptura da igualdade jurídica no tratamento da extinção do contrato de trabalho por iniciativa do empregado daquela por iniciativa do empregador, exige do ato de despedir um justo motivo ou uma "exigência de motivação de despedimento", conforme expressão de Antonio Monteiro Fernandes⁽³⁾.

Maria do Rosário Palma Ramalho⁽⁴⁾ ressalta que "ao contrário do que sucede com o trabalhador, cuja faculdade de pôr fim ao vínculo laboral é relativamente incondicionada, o empregador só pode fazer cessar unilateralmente o contrato de trabalho em situações típicas e taxativas".

Ademais, a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa, em razão do valor social do trabalho e da busca do pleno emprego (respectivamente arts. 193 e 170, inciso VIII, ambos do texto constitucional brasileiro), constitui nos dias de hoje direito fundamental assegurado constitucionalmente, como previsto, por exemplo, no Brasil, pelo art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988, e, em Portugal, pelo art. 53, da Constituição da República Portuguesa, o que significa, numa visão constitucional pós-positivista, exigir do operador do direito eficácia interpretativa no sentido de que as normas de hierarquia inferior lhe estejam submetidas⁽⁵⁾.

Em segundo lugar, a despedida tem também tratamento jurídico diferenciado, caso seja individual ou coletiva.

(1) FERNANDES, Antonio Monteiro. "Direito do Trabalho", Coimbra, Almedina, 13ª ed., 2006, p. 538.

(2) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. "Direito do Trabalho", São Paulo, Editora Saraiva, 18ª ed., 2003, pp. 652-653.

(3) FERNANDES, Antonio Monteiro. *ibid.*, p. 540.

(4) RAMALHO, Maria do Rosário Palma. "Direito do Trabalho", Parte II-Situações Laborais Individuais, Coimbra, Almedina, 1ª ed., 2006, p. 803.

(5) BARROSO, Luís Roberto. "Interpretação e aplicação da Constituição", São Paulo, Editora Saraiva, 6ª ed., 2004, p. 378.

A despedida individual justifica-se por fato de natureza disciplinar (justa causa) imputável ao empregado ou por sua inaptidão profissional às mudanças técnicas das empresas.

Já a despedida coletiva é arbitrária ou não, dependendo da existência comprovada de fato objetivo relacionado à empresa, causado por motivo de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural.

O tratamento jurídico da despedida individual implica o controle *a priori* do ato do empregador, com garantias para o empregado do tipo formal (forma escrita de comunicação) e do tipo procedimental (direito ao contraditório).

Não respeitadas as garantias *a priori* ou se, mesmo respeitadas essas garantias, a despedida não se fundar em justa causa, e sim em motivos discriminatórios, tais como políticos, ideológicos, étnicos, religiosos, em razão de sexo ou doença, ou enfim, se forem declarados improcedentes os motivos justificativos apresentados pelo empregador, ela será nula ou ilícita.

Conseqüentemente, aplicam-se em favor do empregado as garantias do controle *a posteriori*.

Assim, o empregado, considerando não respeitadas as garantias *a priori* ou injustificado o motivo alegado, poderá impugnar a decisão do empregador e socorrer-se de organismo neutro, judicial ou extrajudicial, como a arbitragem, que deverá examinar tanto a parte procedimental como a material.

Nessa oportunidade, caberá ao empregador o ônus da prova de ter respeitado as garantias *a priori* ou da existência da causa invocada como justificadora da despedida individual.

Havendo irregularidade formal ou procedimental e, mesmo que elas sejam sanadas, mas não comprovado o motivo da despedida, será declarada a nulidade ou a ilicitude da despedida, determinando-se a reintegração do empregado, que poderá ser convertida no pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação considerada apropriada.

Essas diretrizes gerais da despedida individual encontram-se na Convenção n. 158, de 1982, da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Tais diretrizes gerais da despedida individual, bem como os procedimentos da despedida coletiva, fazem com que o Direito do Trabalho contemporâneo esteja consentâneo com o fenômeno da procedimentalização que informa o direito como um todo, com a chegada da "sociedade da informação e da comunicação", conforme afirma Alain Supiot⁽⁶⁾, em obra recente, isto é, um direito construído dentro da teoria da comunicação, segundo lição de Jürgen Habermas⁽⁷⁾, vale dizer, um direito

operacionalizado por normas reguladoras das relações privadas, onde as decisões são mais negociadas e tomadas entre particulares, do que um direito imposto por normas heterônomas e imperativas, cujas decisões são mais hierarquizadas e unilaterais.

Será a seguir examinado o regime geral do direito brasileiro sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa.

2. O regime geral do direito brasileiro sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa

O regime geral do direito brasileiro sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida sem justa causa é traçado pelo art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988.

Esse regime geral do direito brasileiro sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida sem justa causa refere-se à despedida individual, conforme ensina Amauri Mascaro Nascimento⁽⁸⁾, ao afirmar que "nosso direito voltou-se para as dispensas individuais, e nesse sentido é que se dirige a sua construção legal, doutrinária e jurisprudencial, apesar da realidade mais rica e expansiva das relações de trabalho".

Mesmo a despedida simultânea de vários empregados, conhecida como despedida em massa e relacionada a uma causa objetiva da empresa, de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural, em razão da ausência da regulamentação da despedida coletiva no direito brasileiro, tem o mesmo tratamento jurídico da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa, isto é, figura como a soma de despedidas individuais sem justa causa.

O texto constitucional prevê expressamente que a lei complementar completará os contornos desse regime geral, bem como regulamentará a indenização compensatória, dentre outros direitos.

Por sua vez, o art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dispõe que, até a aprovação da lei complementar referida no citado art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988, a proteção contra a despedida individual sem justa causa nele prevista fica limitada a uma indenização equivalente a quarenta por cento dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, diploma este hoje regulamentado pela Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, que, em seu art. 18, § 1º, disciplina ordinariamente a referida indenização trabalhista mencionada na disposição constitucional transitória, que é de caráter provisório, já que, como visto, está condicionada à indenização compensatória prevista no texto constitucional a ser regulamentada exclusivamente por lei complementar.

Por outro lado, pode-se afirmar que a noção da despedida arbitrária também mencionada no tex-

(6) SUPIOT, Alain, *Homo Juridicus (Essai sur la fonction anthropologique du Droit)*, Paris, Éditions du Seuil, 2005, pp. 195-203.

(7) HABERMAS, Jürgen, "Direito e democracia entre facticidade e validade II", Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, p. 352.

(8) NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *op.cit.*, p. 635.

to constitucional depende de lei complementar, porque até então inexistente no regime geral sobre a despedida, ao passo que a noção da despedida sem justa causa correspondente à despedida individual é prevista pelo art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Com efeito, a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária prevista pelo texto constitucional não deve ser interpretada como sinônimo da proteção da relação de emprego contra a despedida sem justa causa.

A propósito do texto constitucional, *Amauri Mascaro Nascimento*⁽⁹⁾ afirma que "dispensa arbitrária e justa causa são qualificações diferentes, porque não seria lógico o legislador utilizar-se de duas expressões para designar um só conceito. Portanto, têm significados não coincidentes", concluindo que "enquanto a dispensa arbitrária é qualificação do ato praticado pelo empregador, justa causa, ao contrário, o é da ação ou omissão do trabalhador. A arbitrariedade é daquele. A justa causa é deste".

Afinal, como lembra *Carlos Maximiliano*⁽¹⁰⁾, "presume-se que a lei não contenha palavras supérfluas".

Portanto, se a proteção da relação de emprego contra a despedida sem justa causa confunde-se com a despedida individual, é razoável admitir que a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária refere-se à despedida coletiva, que é, como visto, a outra forma consagrada e diferenciada de despedida, e, assim, sua regulamentação depende de lei complementar, conforme, aliás, assim também entende *Amauri Mascaro Nascimento*⁽¹¹⁾, ao dizer que "arbitrária seria, por exemplo, a despedida sem observância de um procedimento que a lei complementar pode traçar para as situações em que, em razão de crise econômica, a empresa se vê diante da necessidade de se desfazer de muitos empregados".

Tal entendimento mais se justifica porque, sendo também a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária consagrada no texto constitucional como direito social fundamental, mister se faz sua urgente regulamentação como despedida coletiva pela lei complementar, mesmo porque se está diante da anomia da legislação brasileira sobre a despedida coletiva, com todas as consequências sociais nefastas de seu atual tratamento, como a soma de despedidas individuais sem justa causa.

Dizer, no entanto, que a hipótese de despedida arbitrária prevista pelo art. 165 da Consolidação das Leis do Trabalho foi também recepcionada pela Constituição⁽¹²⁾, mesmo com características diferen-

tes da despedida sem justa causa, é incidir em erro interpretativo, porquanto o dispositivo consolidado não se refere ao regime geral da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa, mas ao regime específico da proteção da relação de emprego do representante eleito dos empregados para a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, além do que a reintegração prevista como consequência jurídica pelo seu parágrafo único está em conflito com a consequência jurídica do texto constitucional, que prevê exclusivamente a indenização compensatória, a ser disciplinada pela lei complementar, como, ademais, assim já decidiu o Pleno do STF no RE n. 179193/PE.

Na verdade, o regime geral brasileiro da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa, em seu texto constitucional, não consagrou a teoria da nulidade, que resulta na estabilidade geral no emprego, tendo a reintegração no emprego como consequência jurídica por excelência, mas previu simplesmente uma ilicitude do empregador pela prática da despedida individual sem justa causa, ao ensejar a empregado o dano da perda de emprego, e a consequente obrigação de repará-lo com o pagamento de uma indenização compensatória a ser regulamentada pela legislação complementar⁽¹³⁾.

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, causando-lhe o dano da perda do emprego, 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. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, pelo que ficará responsável pelo pagamento de indenização compensatória, como reparação prevista constitucionalmente, aliás, também como consequência da ilicitude do ato danoso prevista pelo art. 927 do Código Civil.

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

A propósito, o instituto do aviso prévio, tradicionalmente caracterizado pela igualdade e a reciprocidade, conforme disposto no art. 487, incisos I e II, da CLT, denotando que a despedida individual sem justa causa e o pedido de demissão constituíam manifestação da liberdade contratual, e, portanto, o ato unilateral do empregador como exercício de seu direito potestativo, teve suas características rompidas pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, inciso XXI, em favor do empregado, como aponta parte da doutrina⁽¹⁴⁾, o que permite dizer que

(9) NASCIMENTO, *Amauri Mascaro*. "Iniciação ao Direito do Trabalho", São Paulo, LTr. Editora, 31ª ed., 2005, pp. 503-504.

(10) MAXIMILIANO, *Carlos*. "Hermenêutica e aplicação do Direito", Rio de Janeiro, Forense, 10ª ed. 1988, p. 110.

(11) NASCIMENTO, *Amauri Mascaro*. "Iniciação ao Direito do Trabalho", *op.cit.*, p. 504.

(12) MAIOR SOUTO, *Jorge Luiz*. "A proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção n. 158 da OIT", *Revista LTr.*, São Paulo, LTr. Editora, novembro de 2004, pp. 1323-1331.

(13) GOMES, *Oriando* e GOTTSCHALK, *Elson*. "Curso de Direito do Trabalho", Rio de Janeiro, Forense, 17ª ed., 2006, p. 378.

(14) ALMEIDA, *Renato Ruy*. "Proteção contra a despedida arbitrária". *Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço*, *Revista LTr.*, São Paulo, LTr. Editora, outubro de 1992, pp. 1199-1202.

a despedida individual sem justa causa é ato ilícito, diferentemente do *pedido de demissão*, que é o exercício da liberdade de trabalho.

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

Por essa razão, a lei complementar deverá prescrever, dentre outros direitos relacionados à efetivação da garantia de emprego, (como acima examinados nas características gerais do moderno Direito do Trabalho sobre o regime da despedida individual), por exemplo, o tratamento jurídico diferenciado para a despedida individual e para a despedida coletiva, o controle *a priori* da despedida individual, que só poderá ser efetivada na hipótese de justo motivo, compreendendo além da justa causa, também a inaptidão profissional do empregado em razão das mudanças técnicas da empresa, sem prejuízo do controle *a posteriori*, com a consequência jurídica da indenização compensatória.

Portanto, na medida em que a lei complementar prescrever esse tratamento jurídico diferenciado para a despedida coletiva e a despedida individual, bem como prescrever o controle formal e procedimental *a priori* da despedida individual e *a posteriori* uma indenização efetivamente compensatória na hipótese de uma despedida individual sem justa causa, em que não se tenha respeitado as medidas de controle *a priori* ou o motivo alegado da despedida seja injustificado, não só seguramente não mais haverá a sensação de que ainda vigoraria o direito potestativo do empregador de despedir, como também certamente tornaria desnecessária a idéia da reintegração do empregado na empresa como a única consequência jurídica possível, mesmo porque não prevista no regime geral brasileiro, além de incompatível por sua rigidez com a política de pleno emprego, na opinião de parte da doutrina em relação ao direito português, como se verá mais adiante.

Aliás, justamente por esse motivo, isto é, em razão da previsão alternativa da reintegração no emprego na hipótese de despedida individual sem justa causa prevista pela Convenção n. 158 da OIT, o que resultou no entendimento de parte da doutrina nacional⁽¹⁵⁾ de sua inconstitucionalidade material em relação ao texto constitucional, é que levou o Governo brasileiro a denunciar a aprovação desse tratado internacional junto à OIT.

(15) ARAÚJO, Luiz Alberto David. "A Convenção n. 158 e o Ferimento da Constituição Federal", Suplemento Trabalhista, n. 83/96, São Paulo, LTr. Editora, p. 1996. KOMITA, Arion Sayão. "Proteção contra a despedida arbitrária (garantia de emprego)", Revista LTr., São Paulo, LTr. Editora, abril de 1989, pp. 400-420.

Caberá, pois, ao legislador infraconstitucional, por meio de lei complementar, a regulamentação da despedida arbitrária, como despedida coletiva, com tratamento jurídico diferenciado da despedida individual, a exemplo da legislação comparada dos países da União Européia e à luz da Convenção n. 158 da OIT, bem como a regulamentação da despedida individual sem justa causa, prescrevendo os mecanismos de controle *a priori*, e, conseqüentemente, se mantida a despedida, o controle *a posteriori*, representado pela indenização compensatória, que poderá compreender não só a indenização tarifada pelo risco assumido da despedida individual sem justa causa, mas também aquela por abuso de direito e pela extensão do dano causado, a ser arbitrada, em razão da ilicitude e da abusividade do ato da despedida individual sem justa causa, conforme, aliás, as regras já traçadas pelos arts. 187, 422 e 944 do Código Civil.

A propósito, o ordenamento jurídico brasileiro vigente já prevê a despedida abusiva, como espécie de ilicitude, nos termos dos arts. 187 e 422 do Código Civil, quando, por exemplo, eivada e precedida de assédio moral, ou mesmo após a consumação da despedida, o ex-empregador vier a denegrir publicamente a imagem do ex-empregado, causando-lhe dano moral e material. Fica-lhe nessas hipóteses exemplificativas, dentre outras, assegurado o direito à indenização a ser arbitrada, a teor do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, cuja ação judicial é de competência da Justiça do Trabalho, por força do art. 114, inciso VI do diploma constitucional brasileiro, com a aprovação da Emenda Constitucional n. 45, de 4 de dezembro de 2004.

Dessa forma, poder-se-á tornar socialmente eficaz o mandamento constitucional da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária e sem justa causa como direito fundamental, ao serem previstas pela lei complementar as medidas de proteção *a priori* e *a posteriori*, sendo essas últimas representadas por indenização compensatória, compreendendo não apenas a tarifada pelo risco assumido, mas também a arbitrada pelo dano material causado ao empregado.

A esse respeito, como será visto a seguir, ao se examinar o regime geral da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa das legislações comparadas, foi a reforma operada no Código de Trabalho francês em 1973, quando foram adotados os controles *a priori* e *a posteriori*, que fez com que a despedida individual sem justa causa deixasse de ser concebida como um direito simplesmente abusivo e, por isso mesmo, potestativo, passando a ser considerada um ato irregular ou ilícito.

A seguir será examinado o regime geral da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa nas legislações portuguesa, espanhola e francesa.

3. O regime geral da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa nos direitos português, espanhol e francês

Não só o regime geral da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa, mas também o regime como um todo da extinção do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, compreendendo, portanto, o regime geral da proteção da relação de emprego contra a despedida coletiva considerada arbitrária, está consagrado nas legislações portuguesa, espanhola e francesa seguem as diretrizes da Convenção n. 158, de 1982, da OIT. A propósito, já a Recomendação n. 119, de 1963, da OIT previa a distinção de tratamento jurídico entre a despedida individual e a despedida coletiva.

Das três legislações comparadas ora examinadas, o direito francês é pioneiro no tratamento jurídico diferenciado entre a despedida individual e a despedida coletiva, pois, antes mesmo da regulamentação legal da despedida coletiva em 1975 (lei relativa à despedida por causa econômica), já a consagrava desde 1969 por meio da negociação coletiva de trabalho (acordo nacional interprofissional sobre a garantia de emprego).

Assim, essas legislações comparadas consagram atualmente o tratamento jurídico diferenciado para a despedida individual e para a despedida coletiva.

No tocante à despedida coletiva, as diretrizes da Convenção n. 158, de 1982, da OIT estão inclusive particularizadas nas Diretivas ns. 75/129/CEE, de 17 de fevereiro de 1975, e 92/56/CEE, de 24 de junho de 1992, e seguidas pelos Estados que integram a União Européia.

Quanto à despedida individual, há necessidade de justo motivo para sua concretização, sofrendo o ato patronal controle *a priori*, como acima visto nas características gerais do regime da despedida individual, e, se mantido o ato da despedida, ocorrerá o controle *a posteriori*, quando o empregado poderá valer-se do poder judiciário, momento em que o empregador terá o ônus da prova do motivo alegado, cabendo ao órgão judiciário o exame formal e material da despedida.

Julgado procedente o pedido do empregado, será declarada a nulidade ou a ilicitude da despedida, trazendo como conseqüência a reintegração do empregado no emprego, que poderá, em certas circunstâncias, ser convertida em indenização compensatória.

Essas linhas gerais do regime da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa nas legislações portuguesa, espanhola e francesa, merecem, no entanto, o exame particularizado de cada legislação, para melhor ilustrar sua comparação com a legislação brasileira.

3.1. A proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa na legislação portuguesa

Maria do Rosário Palma Ramalho⁽¹⁶⁾ lembra, em obra recente sobre direito individual, que o regime condicionado de despedida resulta "da consagração constitucional da proibição dos despedimentos sem justa causa (art. 53 da Constituição da República Portuguesa)".

Ressalta ainda a professora da Universidade de Lisboa⁽¹⁷⁾ que a legislação infraconstitucional a respeito é balizada por três aspectos essenciais: "a exigência de fundamentação do despedimento; a cominação de um processo para a sua efectivação; a previsão da impugnação do despedimento ilícito e o estabelecimento das conseqüências dessa impugnação".

Com efeito, o Código do Trabalho português de 2003 prevê, em seu art. 396, 1, como justo motivo para a despedida individual, primeiramente, a "justa causa de despedimento" imputável ao trabalhador e consistente no "comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e conseqüências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho".

A seguir, o art. 396, 2, do Código de Trabalho prescreve que "para apreciação da justa causa deve atender-se, no quadro de gestão da empresa, ao grau de lesão dos interesses do empregador, ao carácter das relações entre as partes ou entre o trabalhador e seus companheiros e às demais circunstâncias que no caso se mostrem relevantes".

No art. 396, 3, o Código do Trabalho português enumera uma relação de hipóteses de justa causa imputáveis ao trabalhador, tais como, "desobediência ilegítima às ordens dadas por responsáveis hierarquicamente superiores" e "desinteresse repetido pelo cumprimento, com a diligência devida, das obrigações inerentes ao exercício do cargo ou posto de trabalho que lhe esteja confiado".

Antonio Monteiro Fernandes⁽¹⁸⁾ denomina "despedimento disciplinar" esse justo motivo para a despedida individual, afirmando, ainda, que "se estabeleceu na doutrina e na jurisprudência o entendimento pacífico de que a enumeração é puramente exemplificativa".

Maria do Rosário Palma Ramalho⁽¹⁹⁾ denomina "justa causa subjetiva" essa primeira hipótese de despedida individual, que é "decorrente de um incumprimento grave e culposo dos deveres legais ou contratuais" pelo empregado, o que justifica o rompimento do vínculo pelo empregador.

A segunda hipótese de despedida individual é, no dizer de Antonio Monteiro Fernandes⁽²⁰⁾, o

(16) RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *op.cit.*, p. 804.

(17) RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *ibid.*, p. 804.

(18) FERNANDES, Antonio Monteiro, *ibid.*, pp. 578-582.

(19) RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *ibid.*, p. 805.

(20) FERNANDES, Antonio Monteiro, *ibid.*, p. 590.

"despedimento individual por justa causa objetiva", previsto pelo Código de Trabalho português, compreendendo, em seu art. 402, o "despedimento por extinção do posto de trabalho", e, em seu art. 405, o "despedimento por inadaptação" do trabalhador às alterações técnicas da empresa.

O despedimento por extinção do posto de trabalho é justificado por motivos econômicos, compreendendo os de mercado, como os estruturais ou tecnológicos, estes relativos à empresa, nos termos previstos para o despedimento coletivo.

No entanto, no art. 403, são previstos requisitos cumulativos para a validade do despedimento por extinção do posto de trabalho, como, por exemplo, não sejam os motivos econômicos devidos a uma situação culposa do empregador ou do trabalhador, tornando praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho.

Já o despedimento por inadaptação ocorre quando, pelo modo do exercício das funções pelo trabalhador, são constatadas as reduções continuadas de produtividade ou de qualidade, avarias repetidas nos instrumentos relacionados ao posto de trabalho, riscos para a segurança e saúde do próprio trabalhador, além dos demais trabalhadores ou de terceiros.

O art. 407 do Código de Trabalho também prevê, para a validade do despedimento por inadaptação, a ocorrência de requisitos cumulativos, como, por exemplo, a introdução de modificações no posto de trabalho resultantes de alterações nos processos de fabricação ou de comercialização, da introdução de novas tecnologias ou equipamentos baseados em diferente ou mais complexa tecnologia e tenha sido ministrada ação de formação profissional adequada às modificações introduzidas no posto de trabalho, sob o controle pedagógico da autoridade competente.

Tanto para a despedida por justa causa disciplinar, como para a despedida por justa causa objetiva, são previstos procedimentos, pelo art. 411 do Código de Trabalho, que constituem o controle *a priori*, como a comunicação por escrito do motivo ao trabalhador e à comissão interna de trabalhadores eleitos, bem como, pelo art. 413 do Código de Trabalho, o direito ao contraditório, instalando-se, a seguir, conforme o art. 414 também do Código do Trabalho, pelo empregador, a instrução do processo, com cópia à comissão eleita pelos trabalhadores, que poderá juntar ao processo seu parecer fundamentado.

Mantida a despedida pelo empregador, o trabalhador poderá impugná-la judicialmente, conforme previsto pelo art. 435 do Código do Trabalho.

Uma vez declarada a ilicitude, conforme princípio geral previsto pelo art. 429 do Código do Trabalho, seja por razão procedimental, sejam por fundar-se em motivos políticos, étnicos ou religiosos, ainda que com a invocação de motivo diverso, seja, finalmente, porque foram declarados impro-

cedentes os motivos justificativos invocados para a despedida, o art. 436 do Código do Trabalho prevê os efeitos da ilicitude, quais sejam: o empregador será condenado a indenizar o trabalhador por todos os danos causados, patrimoniais e não patrimoniais, bem como ainda a reintegrá-lo no seu posto de trabalho sem prejuízo da sua categoria e antiguidade.

O art. 439 do Código do Trabalho prevê que o trabalhador poderá optar pelo recebimento de indenização em substituição à reintegração, cabendo ao tribunal fixar o montante indenizatório com base no tempo de serviço e no grau de ilicitude.

Essa faculdade não é igualmente atribuída ao empregador, salvo na hipótese de microempresa ou de trabalhadores que ocupem cargos de administração ou de direção em empresas de qualquer porte, desde que fundamentado e legitimado por decisão judicial, conforme previsto pelo art. 438 do Código de Trabalho.

Essas restrições ao ato de despedir previstas pelo Código de Trabalho português de 2003, sobretudo quanto à consequência jurídica da reintegração no emprego, sem possibilidade de conversão pelo empregador em indenização, já eram encontradas anteriormente, em linhas gerais, na Lei de Despedimento de 1975, que mereceu à época crítica de *Maria do Rosário Palma Ramalho*⁽²¹⁾, ao afirmar que a rigidez do sistema jurídico português em matéria de cessação do contrato de trabalho, sobretudo por iniciativa do empregador, permitiria a diminuição de trabalhadores subordinados e o aumento de trabalhadores independentes e de trabalhadores titulares de situações jurídicas laborais precárias.

A propósito, *Antonio Monteiro Fernandes*⁽²²⁾ lembra que a Lei de Despedimento de 1975 e o Código do Trabalho de 2003, ao vedarem ao empregador a possibilidade de indenizar o empregado despedido sem justo motivo, salvo as exceções apontadas e ainda assim dependendo de legitimação por decisão judicial, romperam com tradição legislativa contrária.

3.2. A proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa na legislação espanhola

Por sua vez, também o Estatuto dos Trabalhadores espanhol prevê, como justo motivo para a despedida individual, em seu art. 49, alíneas *k* e *l*, respectivamente, as hipóteses de despedida disciplinar (*despido disciplinario*) e a despedida por causas objetivas legalmente procedentes.

(21) RAMALHO, *Maria do Rosário Palma*. "Insegurança ou diminuição do emprego"? A rigidez do sistema jurídico português em matéria de cessação do contrato de trabalho e de trabalho atípico, Revista LTr., São Paulo, LTr. Editora, agosto de 2000, pp. 1017-1021.

(22) FERNANDES, *Antonio Monteiro*, *ibid*, p. 568.

O Estatuto dos Trabalhadores, em seu art. 54, considera a despedida por motivo disciplinar (*despido disciplinario*) quando ocorrer "un incumplimiento grave e culpable del trabajador", enumerando-os como, por exemplo, "las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo", "la indisciplina o desobediencia en el trabajo".

Antonio Martín Valverde, Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez e Joaquín García Murcia⁽²³⁾ afirmam que a doutrina majoritária e a jurisprudência dominante consideram apenas exemplificativa a relação das hipóteses de despedida disciplinar apresentada pelo Estatuto dos Trabalhadores espanhol.

Já as despedidas por causas objetivas, na conformidade do art. 52 do Estatuto dos Trabalhadores, podem ocorrer, como no direito português, por extinção do posto de trabalho e por inadaptação posterior do trabalhador às modificações técnicas operadas na empresa.

É também garantido aos trabalhadores o controle *a priori* do ato patronal, de ordem formal e procedimental, consistente na obrigação patronal de comunicar por escrito o motivo da justa causa, bem como o direito do empregado ao contraditório, conforme previsto pelos arts. 53 e 55 do Estatuto dos Trabalhadores.

Mantida a despedida individual, poderá o trabalhador impugná-la, valendo-se do controle *a posteriori*, isto é, socorrendo-se do poder judiciário, que declarará a despedida procedente, improcedente ou nula, conforme prevê o art. 55, 3, do Estatuto dos Trabalhadores.

A despedida será declarada procedente, na conformidade do art. 53, 4, do Estatuto dos Trabalhadores, quando as exigências formais foram respeitadas e comprovadas as causas alegadas, convalidando a extinção do contrato de trabalho, o que resulta para o trabalhador a perda do direito à indenização e aos chamados "salarios de tramitación", que correspondem aos dias transcorridos da data da despedida até a notificação da sentença judicial.

A despedida será declarada improcedente, na conformidade do art. 56 do Estatuto do Trabalhador, quando não forem cumpridos os procedimentos ou quando não foram provados os motivos alegados.

Será declarada nula a despedida, na conformidade do art. 55, 5, do Estatuto dos Trabalhadores, quando ficar provado que ela tinha por objetivo algumas das discriminações proibidas pela Constituição e pela legislação infraconstitucional ou violar direitos fundamentais e liberdades públicas do trabalhador.

A despedida declarada nula gera como consequência jurídica a obrigação da readmissão imediata do trabalhador, com o pagamento dos salários que deixaram de ser pagos pelo empregador.

(23) MARTÍN Valverde, Antonio, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, Fermín e García Murcia, Joaquín. "Derecho del Trabajo", Madrid, Editorial Tecnos, 15ª ed., 2006, p. 704.

Quando a despedida for declarada improcedente, poderá o empregador optar entre a readmissão do trabalhador, com o pagamento dos "salarios de tramitación", e o pagamento de indenização prevista pelo art. 56, 2, do Estatuto dos Trabalhadores.

Vê-se, portanto, que o direito espanhol, diferentemente do direito português, em matéria de despedida individual, é mais flexível, ao admitir que o empregador tem a faculdade de converter a obrigação de reintegração em obrigação de indenizar na hipótese de despedida declarada improcedente, embora o mesmo não ocorresse na despedida declarada nula, isto é, quando for discriminatória ou violar direitos fundamentais e liberdades públicas do trabalhador.

É verdade, como já visto, que o direito português abre exceção importante nas hipóteses de microempresa e dos chamados altos empregados, ao admitir a possibilidade do empregador converter a obrigação de reintegrar em indenizar.

3.3. A proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa na legislação francesa

Por fim, o Código do Trabalho francês, em seu art. L. 122-14, prevê que o empregador, pretendendo despedir um empregado, deve, antes de tomar a decisão, convocá-lo, por meio de carta, para uma reunião, quando indicará o motivo da despedida individual, que deverá ter como fundamento uma causa real e séria, normalmente de ordem disciplinar, que torne impossível a continuação do contrato de trabalho.

Por causa real, de caráter objetivo, deve se entender, no entanto, segundo Jean Pélissier, Alain Supiot e Antoine Jeammaud⁽²⁴⁾, não só uma falta disciplinar do empregado, mas também sua inaptidão profissional às modificações técnicas operadas na empresa.

Essa causa real deve ser também séria, isto é, quando revestida de uma gravidade que torne impossível, sem prejuízo para a empresa, a continuidade do trabalho, pelo que se torna necessária a despedida individual, segundo ainda os mencionados autores franceses⁽²⁵⁾.

Nessa reunião, em que o empregador apresentará o motivo da despedida e ouvirá as explicações do empregado, este poderá fazer-se acompanhar por um representante eleito dos empregados na empresa.

Trata-se, portanto, do controle *a priori* do ato patronal de despedir individualmente o trabalhador, o que compreende, pois, o direito do empregado à forma escrita da convocação para reunião com o empregador, podendo fazer-se acompanhar

(24) PÉLISSIER, Jean, Supiot, Alain e Jeammaud, Antoine. "Droit du travail", Paris, Dalloz, 20ª ed., 2000, p. 457.

(25) PÉLISSIER, Jean, Supiot, Alain e Jeammaud, Antoine, *op.cit.*, p. 460.

por seu representante eleito na empresa, quando será apresentado o motivo alegado para a despedida individual, bem como a garantia procedimental do contraditório.

Se mantida a despedida individual pelo empregador, o empregado poderá impugná-la judicialmente, quando será examinada a parte formal e procedimental, bem como a parte material da despedida.

Tem-se, assim, o controle *a posteriori*, previsto pelo art. L. 122-14-4 do Código do Trabalho, quando, ocorrendo irregularidade formal ou procedimental, ou, mesmo tendo havido por parte do empregador o respeito ao controle *a priori*, mas não concordar o empregado despedido com a alegação do motivo invocado como causa real e séria para sua despedida, ele poderá impugná-la judicialmente.

Na hipótese de irregularidade formal e procedimental, o tribunal imporá ao empregador a obrigação de saná-la, bem como o condenará a pagar ao empregado uma indenização não superior a um mês de salário.

Não ocorrendo irregularidade formal e procedimental ou sendo a mesma sanada, mas se o empregador mantiver a despedida individual após o contraditório e não provar a causa real e séria alegada, o tribunal proporá a reintegração do trabalhador no emprego, a qual, no entanto, em caso de recusa do empregador ou do próprio empregado, será convertida, em princípio, no pagamento de uma indenização especial e tarifada no valor mínimo de seis salários.

Essa indenização tarifada no valor mínimo de seis salários não tem natureza de reparação de prejuízo, mas constitui apenas uma "penalidade civil", conforme expressão de Jean Pélissier, Alain Supiot e Antoine Jeammaud⁽²⁶⁾, pelo fato de o empregador despedir o empregado sem provar a existência de causa real e séria.

Se, em consequência da despedida irregular ou ilícita, o empregado vier a sofrer prejuízo comprovadamente superior ao valor dos seis salários recebidos, como, por exemplo, um desemprego prolongado, o tribunal poderá fixar um valor indenizatório bem mais elevado do que o valor de seis salários.

Nesse caso, a indenização tem natureza jurídica de reparação do prejuízo causado ao empregado pela despedida irregular ou ilícita.

Jean Pélissier, Alain Supiot e Antoine Jeammaud⁽²⁷⁾ afirmam ainda que a reforma de 1973 operada no Código do Trabalho francês, introduzindo os controles *a priori* e *a posteriori* na despedida individual, fez com que desaparecesse o direito abusivo (*le droit "non causé"*), e, por isso mesmo, potestativo de despedir, e surgisse a figura da despedida in-

dividual irregular ou ilícita, isto é, equiparada a ato irregular ou ilícito, quando, mesmo respeitado o controle *a priori*, a despedida não se fundar em causa real e séria (*le droit "causé"*).

Conclusão

São pressupostos do regime geral do Direito do Trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa, em primeiro lugar, a ruptura da igualdade jurídica das formas da extinção do contrato de trabalho por iniciativa do empregado daquela por iniciativa do empregador, quando se exige um justo motivo para a despedida e se preserva a liberdade do emprego no *pedido de demissão*, e, em segundo lugar, o tratamento jurídico diferenciado entre a despedida individual e a despedida coletiva.

Ambos os tipos de despedida exigem um justo motivo, sendo que o da despedida individual é relacionado ao trabalhador, seja disciplinar ou por sua inaptidão profissional em relação às mudanças técnicas da empresa, ao passo que o da despedida coletiva está relacionado a uma causa objetiva da empresa, de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural.

A despedida individual, que foi objeto do presente estudo, prevê controle *a priori* do ato patronal, de ordem formal e procedimental.

O controle *a priori* prescreve sempre a necessidade formal da comunicação escrita do motivo ao empregado e subsidiariamente a seus representantes eleitos na empresa, bem como o procedimento do contraditório, ao passo que o conteúdo do motivo alegado deve estar em consonância com as prescrições legais da justa causa.

Mantida a despedida individual pelo empregador, o empregado terá direito ao controle *a posteriori* e poderá valer-se do poder judiciário ou arbitral, quando será examinada tanto a parte formal e a parte procedimental, como a de fundo.

Não respeitada a parte formal e procedimental ou não provado o motivo alegado, a despedida será judicialmente declarada improcedente, nula ou ilícita, cabendo a reintegração do empregado ou sua conversão, em determinadas condições, em indenização.

Essas características gerais da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa encontram-se nas legislações comparadas portuguesa, espanhola e francesa.

A Constituição brasileira, ao prever a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa, prescreve apenas a indenização compensatória, em caso de inexistência de justa causa, de caráter provisório, conforme disposição constitucional transitória, até que a lei complementar preveja indenização compensatória que realmente iniba a despedida individual sem justa causa, que poderá ser tarifada, tendo por

(26) PÉLISSIER, Jean, Supiot, Alain e Jeammaud, Antoine, *ibid.*, p. 466.

(27) PÉLISSIER, Jean, Supiot, Alain e Jeammaud, Antoine, *ibid.*, p. 454.

parâmetro, por exemplo, o tempo de serviço do empregado na empresa, cuja natureza jurídica seria uma "penalidade civil", como no direito francês, e também poderá ser complementarmente arbitrada em juízo para compensar os danos patrimoniais e não patrimoniais causados ao trabalhador, como, por exemplo, o desemprego prolongado, em virtude da ilicitude e da abusividade do ato da despedida sem justa causa.

Nada impede e é mesmo recomendável que a lei complementar prescreva o controle *a priori* previsto pela Convenção n. 158, de 1982, da OIT e pelas legislações comparadas portuguesa, espanhola e francesa para o ato patronal, assegurando-se ao empregado o direito à comunicação escrita do motivo da despedida e o direito ao contraditório.

Ademais, em relação às microempresas e às empresas de pequeno porte, a lei complementar deveria prescrever condições diferenciadas nas despedidas individuais sem justa causa, quer dispensando o controle *a priori*, quer fixando indenização compensatória tarifada mais condizente com sua situação econômico-financeira, conforme, aliás, norma constitucional contida no art. 179 da Constituição Federal de 1988, e também previsto pela Recomendação n. 189, de 1998, da OIT, ao dispor sobre a necessidade de legislação trabalhista diferenciada para essas empresas, por serem hoje em dia a maior fonte da empregabilidade. A propósito, vale lembrar que a ordem econômica constitucional fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, a teor do art. 170 do texto constitucional, deve observar, dentre outros, os princípios da busca do pleno emprego (inciso VIII) e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (inciso IX).

Por fim, na definição da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa, a legislação complementar admitirá, ao lado da despedida individual por justa causa, resultante de falta atribuída ao empregado, também a despedida por inaptidão profissional em face às mudanças técnicas da empresa, ao mesmo tempo em que, na definição da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária, a legislação complementar deverá regulamentar a despedida coletiva, com as características encontradas tanto na Convenção n. 158 de 1982 da OIT, como nas Diretivas ns. 75/129/CEE e 92/56/CEE, aplicadas nas legislações comparadas portuguesa, espanhola e francesa.

Portanto, embora a Convenção n. 158, de 1982, da OIT, não possa ser aprovada no Brasil, em face à alternativa nela prevista da reintegração no emprego, incompatível com o texto constitucional, por prever com exclusividade a consequência jurídica da indenização, a lei complementar poderá prescrever, como já visto, além de uma indenização efetivamente compensatória, também as demais medidas de controle *a priori* da despedida individual sem justo motivo encontradas tanto na

Convenção n. 158, de 1982, da OIT, como nas legislações comparadas portuguesa, espanhola e francesa, além da regulamentação da despedida coletiva, e encontrada nesses diplomas legislativos, o que muito contribuirá para a concreção jurídica da garantia do emprego no Brasil, sobretudo por estar consagrada no texto constitucional de 1988 como direito social fundamental, a exigir a máxima efetividade.

Com efeito, sendo essas medidas adotadas pela legislação complementar, certamente desapareceria a sensação de que persiste no Brasil o direito potestativo do empregador de despedir sem justo motivo, bem como, por outro lado, com a introdução da regulamentação da despedida coletiva, não mais existiria o receio de que a empresa brasileira estaria fadada ao encerramento de suas atividades diante da impossibilidade de despedir, pois, ocorrendo motivos econômicos, financeiros e tecnológicos, o ato patronal de despedir coletivamente estaria legitimado.

A anomia atual da regulamentação da despedida coletiva no direito brasileiro faz com que, como visto, a despedida em massa tenha o mesmo tratamento jurídico da despedida individual, isto é, a soma de despedidas individuais sem justa causa. É verdade que os efeitos maléficos da despedida em massa, tratada como a soma de despedidas individuais sem justa causa, são amenizados, por exemplo, pelos chamados planos de demissão voluntária, com indenizações especiais além daquela prevista pela legislação brasileira em vigor.

Ademais, qualquer tentativa de regulamentação pela lei complementar da despedida individual sem justa causa, sem que haja a diferenciação da regulamentação da despedida coletiva, causa espécie ao empresariado pelo receio de engessamento da despedida em massa por motivos econômicos, financeiros e tecnológicos, que, na verdade, é a mais preocupante sob o ângulo do crescimento empresarial.

Portanto, com a regulamentação da despedida individual sem justa causa e o tratamento jurídico diferenciado da despedida coletiva pela lei complementar, o direito brasileiro dará efetividade à proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa, como direito fundamental, bem como garantirá que o crescimento empresarial não será inibido e nem atrofiado pela impossibilidade da despedida em massa, quando houver justo motivo para fazê-lo e em razão de seus procedimentos mais flexíveis, participativos e negociados.

Talvez seja essa, ao lado da imprescindível legislação especial e diferenciada para as micro e pequenas empresas, a mais importante reforma trabalhista e do chamado mercado de trabalho, como parte das tão reclamadas reformas microeconômicas, para a promoção do almejado e necessário desenvolvimento econômico brasileiro, com vistas, sobretudo, ao pleno emprego.