

A ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A APLICAÇÃO DIRETA DO INCISO I DO ART.7º

THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL ORDER AND THE DIRECT APPLICATION OF THE ARTICLE 7, I

*ALEXANDRE COUTINHO PAGLIARINI¹
CLÁUDIA COUTINHO STEPHAN²*

RESUMO: Este texto trata da proteção à classe trabalhadora em face das dispensas coletivas em épocas de crise econômica global. As interpretações aqui utilizadas são constitucionalistas e também internacionalistas e seguem o raciocínio segundo o qual a Constituição brasileira de 1988, a partir dos pilares da dignidade humana e da construção do Estado de bem-estar social, autoriza a afirmação de que a dispensa coletiva deve ser evitada. Igualmente, normas internacionais em vigor, a exemplo das Convenções n. 11, 98, 135 e 141 da OIT, tampouco autorizam dispensas coletivas unilaterais.

ABSTRACT: This study's about the protection of the working class people considering mass (or collective) dismissal in times of global economical crisis. The interpretations here used are constitutionalists and also internationalists. The brazilian Constitution of 1988 has been set upon the principles of human dignity and the building of a welfare state; therefore, we can say the mass dismissal must be avoid. Besides all that, the international norms that put Brazil into a way of observing them – such as the Conventions numbers 11, 98, 135 and 141 by the Labour Organization – do not allow unilateral mass dismissals.

Palavras-chave: dispensa coletiva, proteção constitucional e direito internacional.

Key words: mass (collective) dismissal, constitutional and international law.

Sumário: Introdução – Desenvolvimento – Considerações finais – Referências.

¹ Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre pela PUC/SP. Professor Titular da UNIT (Aracaju/SE) e da FITS (Maceió/AL). Professor do Mestrado Interinstitucional da PUC/PR na UNIT. Advogado. alexandrepagliarini@terra.com.br

² Mestra e Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Professora Adjunta de Direito do Trabalho na PUC/MG, Campus de Poços de Caldas.clocoutinho10@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Este arrazoado objetiva analisar o instituto da dispensa coletiva de trabalhadores, também conhecida através da expressão *lay-off*, partindo, primeiramente, da diferenciação entre dispensa individual e coletiva.

Observa-se que o direito estrangeiro, especificamente no que tange à Holanda, Alemanha e Portugal disciplinam a questão de forma objetiva. Enquanto isso, no Brasil, a Constituição vigente, no art. 7º, inciso I, prevê expressamente apenas a dispensa individual, não havendo diferença legal entre despedida por motivos econômicos e dispensa sem justa causa. A Lei n. 4.923/65, por sua vez, retrata a atual conjuntura econômica, propondo, inclusive, soluções jurídicas para evitar o desemprego em massa.

Discute-se a eficácia do inciso I, do art. 7º da Constituição de 1988, que precisa ser regulamentado através de lei complementar nele prevista para que a proteção contra a despedida arbitrária seja uma verdade jurídica e real. Faz-se necessário, portanto, o debate jurídico, em torno do art. 7º, incisos I e III e do art. 10 do ADCT, pautando-se na justificativa de que as normas de direitos fundamentais são marcadas pelo postulado da máxima efetividade da norma constitucional, considerando-se que uma norma constitucional positivadora de direito fundamental, seja ele individual ou social, só pode ser interpretada segundo o *postulado da máxima efetividade da norma constitucional*.

Após a apresentação do debate constitucional sobre o tema abordado, salienta-se que em tempo de crise econômica, o princípio da proteção, edificador de todo o Direito do Trabalho, equalizador da assimetria de forças caracterizadoras das relações de emprego, deve ser preservado.

Impõe-se, igualmente, a observância do princípio da continuidade da relação de emprego, que repudia a dispensa coletiva e o princípio do duplo controle social da dispensa operado pelos trabalhadores, através de entidades sindicais e pelo Estado, via intervenção administrativa.

Sustenta-se que em qualquer situação, inclusive em tempo de crise financeira, urge, primeiramente, valorizar e proteger o trabalho humano, posto tratar-se de uma causa primária, enquanto o capital deve ser considerado como conjunto de meios de produção, permanecendo apenas como causa instrumental. Sob este aspecto, apresentam-se as considerações finais.

DESENVOLVIMENTO

A dispensa individual envolve um único trabalhador, ou, mesmo que atingindo empregados diferentes, não configura ato demissional grupal ou maciço. Sua origem é centrada num fato pertinente ao contrato individual de trabalho, tratando-se de direito potestativo.

A despedida coletiva, por sua vez, denominada como *lay-off*, abrange um número significativo de trabalhadores vinculados ao mesmo empregador. Segundo Antônio Álvares, “a dispensa coletiva importa o desligamento de um número significativo de empregados por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos” (ÁLVARES, 2009, p. 657).

Na Holanda, a dispensa coletiva somente pode ocorrer com a permissão do órgão administrativo. Na Alemanha, o empregador fica obrigado a participar a agência (autoridade administrativa) sobre a dispensa, exigindo-lhe também tal informação ao conselho de empresa, esclarecendo o empregador sobre os motivos da dispensa, o número e as categorias de trabalhadores a serem despedidos, os prazos da dispensa, bem como os critérios de escolha dos que serão dispensados (ÁLVARES, 2009, p. 657).

O Código do Trabalho Português regulou a matéria nos arts. 419 e 420, e aprovou a Diretivo nº 2002/14/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, que estabelece um quadro geral sobre informação e consulta dos trabalhadores (ALMEIDA, 2009, p. 111).

O ordenamento jurídico brasileiro regula expressamente apenas a dispensa individual, não havendo diferença legal entre despedida por motivos econômicos e dispensa sem justa causa. Entretanto, o Ministério do Trabalho, através das Portarias n. 3.218/87 e n. 01/92 faz referência à dispensa coletiva, sendo que a primeira portaria regula o acompanhamento das demissões coletivas, apontando soluções alternativas, como a redução da jornada, nos termos da Lei n. 4.923/65 e a previsão de férias coletivas; já a segunda portaria determina a fiscalização nas empresas em caso de dispensa em massa.

A Portaria n. 3.218/87 é considerada ineficaz, já que prevê apenas recomendações, inexistindo determinação penalizadora. Sendo assim, ausentes os mecanismos de coerção, tal norma tornou-se letra morta. Quanto à Portaria n. 01/92, do MTPS (Ministério do Trabalho e Previdência Social), os motivos de sua reduzida efetividade se justificam no argumento de que um simples ato ministerial não poderia disciplinar matéria reservada à lei complementar.

Esclarece Nelson Mannrich, que a Lei n. 62, de 5 de junho de 1935, já excluía a responsabilidade do empregador nos casos de força maior, quando fatos superiores à sua vontade afetassem sua segurança econômica, determinando a ruptura dos contratos de trabalho, por justa causa (MANNRICH, 2000, p. 91).

Vale ressaltar, que o art. 18 § 2º e o art. 20, II, ambos da Lei n. 8.036/90, não excluem a responsabilidade do empregador quando rescinde o contrato de trabalho por extinção de estabelecimento na ocorrência de força maior, devendo depositar 20% (vinte por cento) da multa fundiária, atentando-se, para tal, ao art. 501 da CLT.

A Lei n. 4.923, de 23 de dezembro de 1965, embora não tenha conceituado a dispensa coletiva, previu, no art. 2º, soluções alternativas à dispensa motivada por crise, a exemplo da redução da jornada ou do número de dias de trabalho durante três meses, possibilitando a prorrogação mediante redução salarial não superior a 25% (vinte e cinco por cento) do salário contratual, respeitando-se o salário mínimo; proibiu a contratação de novos empregados por seis meses; priorizou a readmissão dos empregados despedidos em razão da crise econômica, bem como vedou o trabalho extraordinário, salvo nos caso de necessidade imperiosa, força maior, serviços inadiáveis ou inexecução geradora de prejuízo manifesto.

Quanto à redução da jornada e conseqüente redução salarial, a doutrina não é unânime quanto à recepção da Lei n. 4.923/65 pela Constituição de República, nos termos do art. 7º, inciso VI (MANNRICH, 2000, p. 91). Parece-nos mais acertado, contudo, reconhecer que a mencionada lei foi recepcionada pela Carta Política de 1988, sendo válida, tendo em vista a compatibilidade formal e material com a norma constitucional, quando elenca medidas alternativas que pugnam pela manutenção dos postos de trabalho. Tem-se que a Lei nº. 4.923/65, de fato, retrata a atual conjuntura econômica, propondo, inclusive, soluções jurídicas para evitar o desemprego em massa.

No tocante à Constituição vigente, o art. 7º incisos I; III e o art. 10, I do ADCT, excluíram definitivamente o regime da estabilidade decenal, ressalvado o direito adquirido, e sendo assim, o empregador possui amplos poderes para dispensar o empregado, com ou sem justa causa, limitando-se a pagar a multa fundiária, conforme o caso, além de outros direitos a serem determinados por lei complementar, até hoje não editada.

Não há distinção legal entre despedida arbitrária ou sem justa causa, nem entre dispensa individual ou coletiva, podendo, então, o empregador dispensar o empregado sem qualquer motivo, inexistindo a garantia dos empregos (NASCIMEN-TO, 2009, p. 200).

Importante destacar, que em 23 de novembro de 1985, a 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho da OIT, aprovou a Convenção n. 158, que trata do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, protegendo os trabalhadores contra a despedida arbitrária.

Em 1992, no dia 17 de setembro, tal convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional, sendo ratificada pelo Governo brasileiro em 4 de janeiro de 1995, para vigorar após doze meses. Entretanto, somente em 10 de abril de 1996, através do Decreto n. 1.855, o Governo Federal publicou o texto oficial, promulgando a ratificação.

Posteriormente, em 20 de dezembro de 1996, através do Decreto n. 2.100, o Presidente da República promulgou a denúncia da tratativa internacional, anunciando que a mencionada convenção deixaria de vigorar no Brasil a partir de 20 de dezembro de 1997. Ressalte-se que segundo as regras e princípios básicos de Direito Internacional Público, mais especificamente da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a atitude do governo brasileiro em denunciar não foi bem acolhida, podendo-se considerar na contramão da normativa internacional pelas seguintes razões: (i) o Brasil é membro da Organização Internacional do Trabalho (OIT); (ii) o que um país se compromete internacionalmente a cumprir – *pacta sunt servanda* – deve ser levado a cabo; (iii) o processo formal de aprovação da Convenção 158 (OIT) foi respeitado; (iv) em nada a Convenção em tela viola a Constituição brasileira de 1988.

Em fevereiro de 2008, o Presidente da República encaminhou ao Congresso Nacional mensagem para nova ratificação da Convenção. Tempos depois, por 20 (vinte) votos a 1 (um), os parlamentares, na Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, aprovaram parecer do deputado Júlio Delgado (PSB/MG) contrário à ratificação, sendo encaminhado pedido de arquivamento da mensagem presidencial à mesa da Câmara dos Deputados.

A discussão contemporânea já não é mais sobre a constitucionalidade ou não da vigência da Convenção n. 158, nem sobre a (in) constitucionalidade da denúncia da mesma convenção – visto que tal ato foi praticado pelo Presidente da República, e não pelo Congresso Nacional.

Entende-se que tanto o Presidente da República quanto o Congresso Nacional têm autoridade para denunciar um tratado internacional sem que precise(m) um do outro; efetivamente, esta autoridade pode ser exercida sem a participação do outro responsável pelo *treaty-making-power*, e isto ocorre pelo seguinte: se, para fazer sustentar um tratado em seu berço de nascimento são necessárias duas vontades concordantes (a do Presidente e a do Congresso), então a falta de uma destas vontades sustentadoras faz tombar o acordo internacional.

O Presidente e o Congresso são os dois pilares de sustentação do tratado; logo, na falta de um deles, cai o pacto. De qualquer modo, ressalta-se que em Direito Internacional Público, o condutor da política internacional de um Estado soberano é exclusivamente o Chefe do Executivo, o único com voz internacional de representatividade (PAGLIARINI, 2002, p. 84; REZEK, 2009, p. 54).

Discute-se, sim, a eficácia do inciso I, do art. 7º da Constituição de 1988, que precisa ser regulamentado através de lei complementar nele prevista (mas que ainda não vigora), para que a proteção contra a despedida arbitrária seja uma verdade jurídica e real. Para a doutrina constitucionalista, as normas de direitos fundamentais são marcadas pelo postulado da máxima efetividade da norma constitucional, denominado por André Ramos Tavares de maximização das normas constitucionais (TAVARES, 2010, p. 416).

Logo, enquanto o legislador complementar não cumprir a função que lhe foi aberta pela própria Carta da República, há que se interpretar que a dispensa coletiva sem lastro em justificativa alguma é inconstitucional, e, neste caso, deveria o próprio Judiciário, caso acionado, intervir no sentido de fazer valer o direito humano ao trabalho, uma vez que, sem dúvida, a dispensa coletiva não gera somente desemprego em massa, mas, por isso e por causa disso, verdadeira depressão econômica que certamente reflete em todos os campos das negociações individuais ou coletivas.

Sendo assim, até os dias atuais, não é raro ocorrer dispensas coletivas, envolvendo um grande número de trabalhadores, com a justificativa de fatores vinculados à situação econômica da empresa, do setor ou da atividade em geral, bem como em decorrência de causas disciplinares, tecnológicas ou financeiras, com respaldo analógico no artigo 165 da CLT.

Renato Rua de Almeida observa que a doutrina tradicional ainda identifica no ordenamento jurídico pátrio a natureza potestativa implícita no ato unilateral do empregador de extinguir o contrato de trabalho, até mesmo nas despedidas coletivas, sem qualquer limite ou condição (ALMEIDA, 2009, p. 35).

Sob esse aspecto, a crise, na acepção econômica, é uma das justificativas pautadas pelos empregadores para a rescisão do pacto laboral. Constitui um fenômeno do modelo capitalista, ou seja:

[...] grave desequilíbrio conjuntural entre a produção e o consumo, acarretando aviltamento dos preços e/ou moeda, onda de falências e desemprego, desorganização dos compromissos comerciais; fase de transição entre um surto de prosperidade e outro de depressão, ou vice-versa (HOUAISS, 2009, p. 872).

Como possui várias dimensões que se correlacionam com as variações do sistema econômico nacional, empresarial e mundial, a crise econômica tem uma ligação direta com a questão dos empregos, sendo considerada como companheira do Direito do Trabalho (NASCIMENTO, 2009, p. 63).

No entanto, não é possível a aceitação da liberdade contratual de despedir em massa, desconsiderando o direito fundamental social da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa insculpida na Constituição vigente, e também em face ao paradigma da ilicitude contratual por abuso de direito, nos moldes dos arts. 187 e 422 do Código Civil.

Todavia, incontestavelmente, a crise financeira que assolou os Estados Unidos da América no segundo semestre de 2008, abalou profundamente a economia de produção e aumentou o índice de desemprego, repercutindo seus graves efeitos em todo o mundo, voltando à baila a questão referente à despedida coletiva como medida estratégica para as empresas, sob a desculpa de evitar mal maior, quer seja, sua extinção. É certo, entretanto, que um mal – a crise impulsionada pelos Estados Unidos – não pode impulsionar uma injustiça que fira o direito constitucional ao trabalho digno e estável.

Observa-se que o art. 482 da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) não elenca a crise econômica como hipótese típica e taxativa de justa causa para rescisão do contrato de trabalho. De qualquer forma, não se pode permitir juridicamente que o empregador exerça o direito potestativo de rescisão unilateral do contrato de trabalho, dispensando coletivamente seus empregados, visto que o Texto Constitucional vigente, a partir dos pilares magnos da dignidade humana e da construção do Estado de Bem-Estar Social, autoriza a afirmação de que a dispensa coletiva deve ser evitada. Sendo assim, configura a dispensa coletiva uma agressão aos princípios constitucionais valorizadores do trabalho, da justiça social, do bem-estar e da segurança, entre outros.

Diante do exposto, pergunta-se: é o Direito do Trabalho um Direito Fundamental? A resposta é sim, mas não quer isso dizer que ele não possa sofrer modificações ao longo do tempo, atendendo aos reclames da contemporaneidade. Contudo, não se pode admitir, referentemente à dispensa coletiva, que ela possa ser manipulada pelas empresas, sob a alegação de que o legislador infraconstitucional não regulamentou através de lei complementar, o inciso I, do art. 7º, da Carta Magna.

Desse modo, a impossibilidade de dispensa coletiva no ordenamento jurídico brasileiro passa a ser considerada como um direito fundamental contra o qual não se pode impor retrocesso, tendo o inciso I, do art. 7º da Carta em vigor, aplicabilidade

imediate.

Importante, também, observar, que o § 1º do art. 5º da Constituição de 1988 possui a natureza de princípio, devendo ser interpretado como um mandado de otimização ou maximização de todo o ordenamento dos direitos fundamentais, de forma a imprimir ao Estado a tarefa de reconhecer e possibilitar o seu maior grau de eficácia (SARLET, 2007, p. 220).

Sendo assim, tal preceito é capaz de gerar uma presunção em favor da plena aplicabilidade das normas definidoras de direitos fundamentais, buscando-se a máxima efetividade da norma constitucional. Esta lição está evidente na doutrina moderna, quando dispõe que pela ausência da regulamentação legal do art. 7º, inciso I, da Constituição vigente, a eficácia horizontal deste direito fundamental social deve ser garantida pela exigência do cumprimento pelo empregador, nas dispensas coletivas, dos valores da boa fé objetiva e dos seus deveres anexos.

Segundo Gilmar Mendes, o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais “[...] valeria como indicador de aplicabilidade da norma constitucional, devendo-se presumir a sua perfeição, quando possível [...]” (MENDES, 2010, p.330).

Considera-se, portanto, que uma norma constitucional positivadora de direito fundamental, seja ele individual ou social, só pode ser interpretada segundo o *postulado da máxima efetividade da norma constitucional*. Isto significa que uma norma definidora de direito humano deve ser aplicada pelo magistrado independentemente de norma infraconstitucional, devendo ele próprio, o magistrado, tratar de imprimir efetividade àquilo que foi determinado pelo constituinte originário. Ressalta-se que a falta de norma regulamentadora de direito humano, em casos particulares, pode ensejar o ajuizamento de Mandado de Injunção, bem como Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (BASTOS, 2010, p. 78).

Desse modo, tais valores impregnam o conteúdo do contrato de trabalho como fonte subsidiária, por força do parágrafo único do art. 8º da CLT. Nesta esteira, é possível afirmar que as normas de Direito do Trabalho pertencem à segunda geração dos direitos humanos, juntamente com normas constitucionais relativas à saúde e à educação públicas, por exemplo, (TAVARES, 2010, p. 35).

Além do exposto, é imperativo que em tempos de globalização e crise econômica, o princípio da proteção, edificador de todo o Direito do Trabalho, equalizador da assimetria de forças caracterizadoras das relações de emprego, seja preservado.

Igualmente, impõe-se a observância do princípio da continuidade da relação de emprego, que repudia a dispensa coletiva e o princípio do duplo controle social da dispensa operado pelos trabalhadores, através de entidades sindicais e pelo Estado,

via intervenção administrativa. Nesse sentido, o Ministério Público do Trabalho tem instaurado inquéritos civis para investigar eventual abuso no poder de dispensar (TAVARES, 2010, p. 35).

A jurisprudência pátria tem inferido tratamento jurídico diferenciado entre dispensas individuais e coletivas, sustentando a existência de abuso por parte da empresa, que sem prévia negociação coletiva dispensa coletivamente contingente de empregados (TRT 15ª REG/ DC-00309-2009-000-15-00-4). É bem verdade, igualmente, que existem decisões contrárias que reputam como lícita tal conduta patronal, ante a ausência de norma jurídica expressa que obrigue o empregador a negociar antecipadamente com as entidades de classe e buscar outros métodos que precedam a dispensa coletiva.

No ano de 2009, em julgamento de dissídio coletivo sobre despedida coletiva de empregados justificada por grave retração econômica, a Seção de Dissídios Coletivos do TST, por maioria de votos, decidiu que “a premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores.” Ressalvou o Relator Min. Maurício Godinho Delgado que “a *d.* maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, para casos futuros, de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores, observados os fundamentos *supra*” (DELGADO, 2010, p. 1041).

Observa-se que a ordem constitucional prevê não apenas o princípio da dignidade da pessoa humana, no art. 1º, III; como também, o da valorização do trabalho, nos arts. 1º, IV; 6º e 170, VIII, e o princípio da intervenção sindical nas questões trabalhistas, no art. 8º, III e VI. Devem, por conseguinte, tais dispositivos da Carta Magna ser complementados com o que consta de direitos fundamentais nos tratados de direitos humanos que o Brasil tem em vigor, mesmo aqueles anteriores à EC/45 – também válidos como normas constitucionais de direito humanos, segundo André Ramos Tavares, para quem a tese da incorporação constitucional automática via § 2º do art. 5º seja mantida para os tratados ratificados antes da publicação da EC n. 45/2004 (TAVARES, 2007, p. 77).

Desse modo, se do ponto de vista econômico, são inevitáveis as mudanças impostas pelas leis do mercado na seara das relações entre capital e trabalho, em prol da manutenção da empresa e do emprego, é necessário que seja preservada a pessoa humana como tarefa inafastável do Estado Democrático de Direito. Justifica-se que de nada adiantaria a previsão normativa da valorização do trabalho, se nas relações jurídicas que o tem como conteúdo, ele for desprezado.

Argumenta-se, ainda, que, à medida que o Estado intervém para salvar as

empresas, a sociedade deve exigir a intervenção estatal para resguardar o trabalho humano, posto ser ele, e não o capital, a razão de tudo.

O certo é que existem diplomas internacionais ratificados, a exemplo das Convenções n. 11, 98, 135 e 141 da OIT, que não autorizam dispensas coletivas unilaterais e potestativas, por se tratarem de ato coletivo inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, exigindo, conseqüentemente, a participação dos respectivos sindicatos das categorias profissionais. Além do exposto, a negociação é inerente ao Direito Coletivo, e no Brasil, a obrigação de negociar coletivamente está implícita nos §§ 1º e 2º do art. 114 da Constituição de 1988.

É necessário, primeiramente, que se reconheça juridicamente a diferenciação entre despedida individual e coletiva, visto que os impactos familiares, sociais e econômicos são totalmente distintos. Inegavelmente, a despedida em massa repercute de forma negativa não apenas no patrimônio moral e material de cada trabalhador, mas na sociedade como um todo, mediante o crescimento dos índices de pobreza, criminalidade, insegurança e revolta (FABIANO & RENAULT, 2009, p. 310).

Por fim, o Direito do Trabalho precisa ser compreendido e aplicado à luz dos princípios constitucionais e internacionais valorizadores da dignidade humana, para que sejam reduzidas as injustiças sociais. Desse modo, é inaceitável, juridicamente, a dispensa coletiva imediata, sem prévia tentativa de negociação coletiva, e dessa assertiva advém à necessidade de se afirmar permanentemente a supremacia da Constituição da República e do Direito Internacional em prol da concretização dos direitos fundamentais.

Entende-se que o moderno Direito do Trabalho não pode se distanciar dos instrumentos de controle de dispensa do trabalhador, haja vista existirem procedimentos que envolvem, desde simples consultas prévias às representações trabalhistas, até autorizações administrativas, e finalmente, a atuação jurisdicional.

Como alternativa jurídica e social para o enfrentamento da crise econômica global, salienta-se a previsão constitucional da redutibilidade salarial via negociação coletiva em busca da manutenção dos postos de trabalho, como também, a alternativa da suspensão coletiva dos contratos de trabalho, também através da negociação coletiva.

Entende-se que o sistema jurídico trabalhista brasileiro não está preparado para o enfrentamento de crises econômicas, porque faltam mecanismos que prevejam as dispensas coletivas, e inegavelmente, a crise econômica convive com o Direito do Trabalho, sendo necessário e urgente seu aperfeiçoamento, pois como é senso comum, se o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga e ignora o Direito.

A propósito, o agente do direito deve buscar a efetividade do direito fundamental social da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, inadmitindo, portanto, a liberdade contratual como direito potestativo de despedida coletiva.

Sendo assim, e em qualquer situação, inclusive em tempo de crise financeira, urge, primeiramente, valorizar e proteger o trabalho humano, pois como observou o Papa João Paulo II, trata-se de uma causa primária, enquanto o capital deve ser considerado como conjunto de meios de produção, permanecendo apenas como causa instrumental (PAULO II, 2003, p. 13).

Na verdade, tem razão Antônio Álvares, quando sustenta que “onde há trabalho, há dinamismo, construtividade, progresso e bem-estar social. Onde não há trabalho há desemprego, miséria, estagnação social e desconstrutividade” (ÁLVARES, 2009, p. 651).

Com efeito, o Estado-Nação deve intervir cada vez mais nas relações jurídicas, garantindo a realização dos direitos fundamentais dos cidadãos, essencialmente através do trabalho, enquanto meio preponderante para assegurar direito à vida com dignidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, não é possível a aceitação jurídica da liberdade contratual de despedir em massa, desconsiderando o direito fundamental social da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa insculpido na Constituição vigente, e também em face ao paradigma da ilicitude contratual por abuso de direito, nos moldes dos arts. 187 e 422 do Código Civil.

Entende-se que as normas de direitos fundamentais são marcadas pelo postulado da máxima efetividade da norma constitucional, e desse modo, a impossibilidade de dispensa coletiva no ordenamento jurídico brasileiro passa a ser considerada como um direito fundamental contra o qual não se pode impor retrocesso, tendo o inciso I, do art. 7º da Carta em vigor, aplicabilidade imediata.

Importante observar, que o § 1º do art. 5º da Constituição de 1988 possui a natureza de princípio, devendo ser interpretado como um mandado de otimização ou maximização de todo o ordenamento dos direitos fundamentais, de forma a imprimir ao Estado a tarefa de reconhecer e possibilitar o seu maior grau de eficácia (SARLET, 2007, p. 57).

Verifica-se, também, que existem diplomas internacionais ratificados, a exemplo das Convenções n. 11, 98, 135 e 141 da OIT, que não autorizam dispensas coletivas unilaterais e potestativas, por se tratarem de ato coletivo inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, exigindo, conseqüentemente, a participação dos respectivos sindicatos das categorias profissionais. Além do exposto, a negociação é inerente ao Direito Coletivo, e no Brasil, a obrigação de negociar coletivamente está implícita nos §§ 1º e 2º do artigo 114 da Constituição de 1988.

Por fim, o Direito do Trabalho precisa ser compreendido e aplicado à luz dos princípios constitucionais e internacionais valorizadores da dignidade humana, para que sejam reduzidas as injustiças sociais. É inaceitável, por conseguinte, a dispensa coletiva imediata, sem prévia tentativa de negociação coletiva, e dessa assertiva advém à necessidade de se afirmar permanentemente a supremacia da Constituição da República e do Direito Internacional em prol da concretização dos direitos fundamentais.

Vale lembrar, que em tempos de globalização e crise econômica, o princípio da proteção, edificador de todo o Direito do Trabalho, equalizador da assimetria de forças caracterizadoras das relações de emprego, seja preservado, impondo-se, igualmente, a observância do princípio da continuidade da relação de emprego, que repudia a dispensa coletiva e o princípio do duplo controle social da dispensa operado pelos trabalhadores, através de entidades sindicais e pelo Estado, via intervenção administrativa.

Sendo assim, se do ponto de vista econômico, são inevitáveis as mudanças impostas pelas leis do mercado na seara das relações entre capital e trabalho, em prol da manutenção da empresa e do emprego, é necessário que seja preservada a pessoa humana como tarefa inafastável do Estado Democrático de Direito.

Finalmente, justifica-se que de nada adiantaria a previsão normativa da valorização do trabalho, se nas relações jurídicas que o tem como conteúdo, ele for desprezado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renato Rua de. Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa? **Revista LTR**, São Paulo, v. 73, n. 4, p. 391, abr. 2009.

ALVARES, Antônio. Dispensa coletiva e o controle pelo judiciário. **Revista LTr**, São Paulo, v. 73, n. 6, p. 650-670, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. Atual. Samantha Meyer-Pflug. São Paulo: Malheiros, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Crise financeira mundial-tempo de socializar prejuízos e ganhos. **Revista LTr**, São Paulo, v. 73, n. 12, p. 1500-1509, 2009.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. São Paulo: Objetiva, 2009.

JOÃO PAULO II. Encíclica "Laborem Exercens", 14.09.81. In: COSTA, Armando Casimiro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da (org.) **João Paulo II Encíclicas**. São Paulo: Ltr, 2003.

MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social**. São Paulo: Ltr, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Crise econômica, despedimentos e alternativas para a manutenção dos empregos. **Revista LTr**, São Paulo, v. 73, n. 1, p. 7-16, 2009.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Direito fundamental à educação. **Anima Revista Eletrônica**, Curitiba, v. 1, p. 21-41, 2010. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/anima_1.html>.

_____. **Reforma do judiciário no Brasil pós-88**. São Paulo: Saraiva, 2007.

Artigo recebido em: Setembro/2010

Aceito em: Janeiro/2011