

CONVENÇÃO N1 158/OIT - DISPENSA ARBITRÁRIA

IV COMISSÃO: A TUTELA JURISDICIONAL COMO FATOR DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

AUTOR E DEFENSOR: GILBERTO AUGUSTO LEITÃO MARTINS, Juiz do Trabalho - 100 Região.

EMENTA: DISPENSA ARBITRÁRIA. CONVENÇÃO N1 158 DA OIT. A dispensa arbitrária é a que não se funda em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. A indenização de que trata o inciso I do art. 10 do ADCT sobrevive à nova ordem jurídica, delineada pela ratificação da sobredita convenção internacional em decorrência de aplicação horizontal de direito fundamental em nível constitucional.

A re-ratificação da Convenção 158 da OIT, recentemente anunciada pelo Governo, abre caminho para que a sociedade, no palco próprio - o Congresso Nacional, discuta a regulamentação do conceito de dispensa arbitrária, criado pela Constituição Federal em seu art. 71, inciso I.

Embora tenha estigmatizado a dispensa arbitrária, o Constituinte não cuidou de regulamentá-la, deixando ao legislador ordinário a tarefa, daí porque a iniciativa do Governo Federal em proceder a nova ratificação da Convenção n1 158 (anteriormente ratificada e posteriormente denunciada no governo do presidente Fernando Henrique, suscitando as mais diversas discussões sobre a validade desta denúncia) oferece oportunidade para discussão de tema tão momentoso com suas mais variadas nuances, desde os efeitos sobre o direito do empregador em resilir o contrato de trabalho, assim também sobre a sua repercussão na indenização prevista no art. 10, inciso I, do ADCT.

É fato notório que a mão-de-obra no Brasil sofre o impacto de intensa rotatividade. Segundo números divulgados pelo governo, em 2007, 14,3 milhões de pessoas foram admitidas e 12,7 milhões, demitidas, grande parte graças a atual legislação que põe em mãos do empregador instrumento unilateral e contra o qual não é dado ao prestador se insurgir. Visando exatamente a coibir a denúncia irrestrita e imotivada do contrato de trabalho é que a Constituição de 1988 instituiu a vedação à dispensa arbitrária.

Se é escassa a existência de vagas no mercado de trabalho, não contribui a legislação trabalhista com seus atuais contornos para a conservação do posto de trabalho pelo empregado, por isso pertinente e atual a crítica empreendida pelo constituinte de 1987 à dispensa arbitrária.

O momento por que passa o direito pátrio contribui de forma decisiva para que se venha trazer para o contrato de trabalho maior amplitude social, pois mesmo os contratos em geral, regulados pelo Direito Civil, sofrem o influxo do novo Código Civil que mitiga o conceito do *pacta sunt servanda*, determinando que os contratos devem a todo tempo atender a uma função social (art. 421 do Código Civil).

A aqueles que enxergam na empresa bem único de seu proprietário e na mão-de-obra tão-somente um meio de produção, a Constituição se antepõe para estabelecer que a economia nacional, embora alicerçada sobre os fundamentos da iniciativa privada, há de ter em mira a função social, devendo, junto com o direito de propriedade, atender ao bem comum, art.170, *caput* e inciso III da Constituição.

De outro modo, aliás, os termos da Convenção n1 158 da OIT são representativos da cláusula do devido processo legal em ambiente contratual, justamente porque o contratado tem direito de conhecer as razões pelas quais o contratante exerce, em dado momento, seu poder de romper o pactuado. Trata-se, não se tem dúvida, de aplicação horizontal de direito fundamental, vale dizer, com extensão à relação entre particulares, mas nem por isso menos salutar na garantia de humanização das relações de trabalho.

O enfrentamento da questão, ainda, exige que se discuta o alcance do conceito de dispensa arbitrária, passando necessariamente pela dimensão que se há de dar ao termo, assim como a conseqüência jurídica e econômica que decorreria de sua implementação.

Em conhecido artigo sobre a matéria, Jorge Luis Souto Maior(*) verifica existir na CLT, art. 165, a adequada conceituação de dispensa arbitrária, *verbis*:

AQuais seriam, entretanto, os parâmetros jurídicos para se considerar uma dispensa motivada, afastando a hipótese de dispensa arbitrária?

O modelo jurídico nacional já traz, há muito, definição neste sentido, entendendo-se como arbitrária a dispensa que não se funde em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, conforme previsto no art. 165, da CLT.@

Se é certo que a Convenção n1 158 da OIT não proporciona exata medida ao conceito de dispensa arbitrária, a enunciação que faz, de fato, muito a aproxima daquilo que já se encontra descrito em nosso direito, inserido no art. 165 da CLT, pois assim enuncia, *verbis*:

Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

No novo cenário de convivência com os princípios afirmados em âmbito internacional, a dissolução do contrato de trabalho ganharia nova vertente legal. A dispensa imotivada, tal qual hoje denominamos a denúncia unilateral do contrato de trabalho pelo empregador, passaria então a chamar-se de dispensa arbitrária, somente deixando de sê-lo se fosse possível enquadrá-la nas hipóteses previstas para sua descaracterização, ou seja, se vier fundada em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Não se baseando a dispensa em mau aproveitamento do empregado (motivo técnico), em comportamento inadequado (motivo disciplinar) ou se não vier fundamentada em questões de ordem estrutural da própria empresa (motivo econômico ou financeiro), restaria caracterizada a dispensa arbitrária, a demandar pronta reparação que, a meu pensar, passaria pela imediata reintegração do empregado aos quadros funcionais da empresa, a não ser que a medida se apresentasse inviável por incompatibilidade das partes envolvidas, quando então se faria necessária a conversão do direito em pecúnia.

O valor da indenização poderia ser deixada ao prudente critério do juiz, como já se faz em relação às indenizações por ilícitos extracontratuais, em que é exemplo as ações de indenização por acidente de trabalho, ou então o próprio legislador já a definiria, instituindo algo como o que se encontra no art. 479 da CLT. Assim, se conferiria ao ex-empregado a metade o salário que perceberia se no emprego estivesse até colocar-se novamente no mercado de trabalho, levando em conta o tempo médio para encontrar-se novo posto de serviço, considerando as circunstâncias pessoais do indivíduo arbitrariamente dispensado, como sexo, faixa etária, profissão, localidade em que atua, etc., dados facilmente encontráveis nos institutos de estatística oficiais.

Por fim, não me parece que o disciplinamento da dispensa arbitrária necessariamente importe em derrogação da multa indenizatória de 40%, prevista no art. 10, inciso I do ADCT.

Isso porque a dispensa arbitrária agregaria ao mundo jurídico-trabalhista uma nova faceta à rescisão do contrato de trabalho, distinta das já existentes, de modo que a verba indenizatória seria ainda devida nas resilições contratuais imotivadas patrocinadas pelo empregador, não exercidas com abuso de direito.

Paralelamente à dispensa motivada, fundada em falta grave perpetrada pelo obreiro, haveria ainda a dispensa imotivada e a dispensa arbitrária, reservando-se para a primeira a multa indenizatória dos 40% e para a segunda indenização específica como já se faz para os ilícitos extra-contratuais em geral ou então a que fosse prefixada pelo legislador.

Se é verdade que o caput do art. 10 do ADCT enuncia que a indenização tratada no seu inciso I sobreviveria até o momento da regulamentação do inciso I do art. 71 da Constituição, não me parece desarrazoado pretender que, junto com a sua regulamentação, venha instituir-se tratamento distinto para as diversas formas de rescisão do contrato de trabalho patrocinadas pelo empregador, reservando-se a multa referida à dispensa imotivada, não arbitrária, entendida como a que se funda em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Nesse mesmo contexto, embora na mensagem presidencial que acompanhou a remessa da Convenção para nova ratificação do Congresso nada tenha sido dito acerca do seu *status* jurídico, há se reconhecer que a ratificação deve observar o disposto no art. 51, ' ' 21 e 31, da Constituição, porquanto se trata de direitos humanos de conteúdo econômico-social-trabalhista. A ratificação com *status* constitucional revela que, em matéria de direitos humanos, a nova disciplina não derroga anterior de conteúdo benéfico, senão que com ela convive fortalecendo e aperfeiçoando a rede de proteção social.

(*) Texto de autoria de Jorge Luiz Souto Maior, Juiz do Trabalho da 150 Região, publicado no *site* [Ajusnavigandi](http://ajusnavigandi.com.br).

RESUMO

1. A conceituação de dispensa arbitrária, prevista no inciso I do art. 71 da Constituição, se harmoniza com os tempos modernos em que o contrato há de buscar alcance social, art. 421 da CF/88, justificando-se a sua implementação como meio de reduzir os nefastos efeitos da alta rotatividade da mão-de-obra em nosso país.

2. A dispensa arbitrária advém de conceituação que já se encontra no ordenamento jurídico trabalhista, art. 165 da CLT, e assim deve ser considerada se não vier fundada em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.
3. É oportuna e salutar a ratificação da Convenção n1 158 da OIT, na exata medida em que os princípios internacionais representam aplicação horizontal de direito fundamental, traduzido no devido processo legal observado na relação entre particulares, ou, em outras, palavras, no direito do contratado de conhecer os motivos que ensejam o rompimento do pacto.
4. A consequência do reconhecimento da dispensa arbitrária é o imediato retorno do empregado aos quadros funcionais da empresa ou então, em caso de grave incompatibilidade, o pagamento de indenização que haveria de ser aquela que já existe para o ilícito extra-contratual, art. 186 do Código Civil, ou então pré-estabelecida em lei, por exemplo, a metade do salário, levando em conta o tempo médio para encontrar-se novo posto de serviço, considerando as circunstâncias pessoais do empregado arbitrariamente dispensado: sexo, faixa etária, profissão, localidade em que atua, etc..
5. Não há prejuízo ou derrogação da indenização de que trata o art. 10, inciso I do ADCT, considerando que a dispensa arbitrária apenas agregaria ao mundo jurídico trabalhista uma nova faceta às resilições contratuais promovidas pelo empregador, paralelamente às já existentes, dispensa motivada por falta grave e dispensa imotivada, não arbitrária, aplicando-se a esta última a indenização de que trata o dispositivo constitucional referido.
6. A Convenção n1 158 da OIT convive com a indenização de 40% sobre o FGTS, fortalecendo a rede de proteção social.

AUTOR E DEFENSOR DA TESE: Gilberto Augusto Leitão Martins, Juiz do Trabalho.