



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SALVADOR**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM POLÍTICAS SOCIAIS E CIDADANIA**  
**DOUTORADO EM POLÍTICAS SOCIAIS E CIDADANIA**

**DIEGO GABRIEL OLIVEIRA BUDEL**

**LIMITES DA DISPENSA EM MASSA À LUZ DA PRINCIPIOLOGIA E DA  
JURISPRUDÊNCIA: A NECESSIDADE DE NEGOCIAÇÃO SINDICAL EM BUSCA  
DE ALTERNATIVAS EFETIVADORAS DO DIREITO AO TRABALHO**

**Salvador/BA**

**2024**

**DIEGO GABRIEL OLIVEIRA BUDEL**

**LIMITES DA DISPENSA EM MASSA À LUZ DA PRINCIPIOLOGIA E DA  
JURISPRUDÊNCIA: A NECESSIDADE DE NEGOCIAÇÃO SINDICAL EM BUSCA  
DE ALTERNATIVAS EFETIVADORAS DO DIREITO AO TRABALHO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Políticas Sociais e Cidadania da Universidade Católica do Salvador (PPGPSC/UCSAL), como requisito para a obtenção do título de Doutor em Políticas Sociais e Cidadania na linha de pesquisa Estado, Desenvolvimento e Desigualdades Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior

Linha de Pesquisa 2 do PPGPSC: Estado, Desenvolvimento e Desigualdades Sociais.

Salvador/BA

2024

Dados de Catalogação na Publicação (CIP)  
Ficha Catalográfica. UCSAL. Biblioteca Dom Geraldo Majella Agnelo

B927 Budel, Diego Gabriel Oliveira

Limites da dispensa em massa à luz da principiologia e da jurisprudência: a necessidade de negociação sindical em busca de alternativas efetivadoras do direito ao trabalho / Diego Gabriel Oliveira Budel. – Salvador, 2024. 205f.

Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior.

Tese (Doutorado) – Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação. Doutorado em Políticas Sociais e Cidadania. Linha de Pesquisa: Estado, Desenvolvimento e Desigualdades Sociais.

1. Dispensa Coletiva 2. Direitos Fundamentais 3. Direito Coletivo do Trabalho 4. Principiologia Jurídica 5. Tema 638 do STF I. Cunha Júnior, Dirley da – Orientador II. Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação III. Título.

CDU: 349.2

## TERMO DE APROVAÇÃO


### DIEGO GABRIEL OLIVEIRA BUDEL

“LIMITES DA DISPENSA EM MASSA À LUZ DA PRINCIPIOLOGIA E DA JURISPRUDÊNCIA: A NECESSIDADE DE NEGOCIAÇÃO SINDICAL EM BUSCA DE ALTERNATIVAS EFETIVADORAS DO DIREITO AO TRABALHO”.


Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Políticas Sociais e Cidadania da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 07 de março de 2024.

Banca Examinadora:



Prof.(a)s. Dr.(a)s. Dirley da Cunha Junior - UCSAL (orientador)

Documento assinado digitalmente  
 MARIA GORETE BORGES FIGUEIREDO  
Data: 07/03/2024 18:57:03-0300  
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

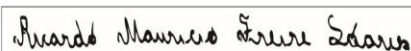
Prof.(a) Dr.(a)s Maria Gorete Borges Figueiredo - UCSAL

Documento assinado digitalmente  
 PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA  
Data: 07/03/2024 19:54:29-0300  
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof.(a) Dr.(a)s Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UCSAL

ASSINADO DIGITALMENTE  
LUCIANO DOREA MARTINEZ CARREIRO  
A conformidade com a assinatura pode ser verificada em:  
<http://serpro.gov.br/assinador-digital> 

Prof.(a) Dr.(a)s Luciano Dorea Martinez Carreiro - UFBA



Prof.(a) Dr.(a)s Ricardo Mauricio Freire Soares - UFBA

Dedico aos meus filhos e aos meus pais como sinal de  
amor eterno.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao meu pai, *im memorian*, e a minha mãe, pois sem eles, a conquista do doutoramento não seria possível. Agradeço também a minha esposa pela compreensão e aos demais familiares e amigos que acompanharam de perto essa árdua jornada. O caminho da pesquisa científica é íngreme e sinuoso. Muitos desafios se entrelaçam com as exigências da academia e do conhecimento científico. Nessa jornada, todos os professores conduzem e iluminam o caminho do pesquisador.

Me considero abençoado por ter excelentes professores e não poderia deixar de agradecer a todo o corpo docente da UCSal, em especial aos professores Dirley da Cunha Jr. e Ângela Borges, esta originariamente me conduziu nesse caminho acadêmico e me orientou durante o Mestrado e parte do Doutorado. Aquele, é o meu orientador, que muito me inspirou a alçar novos voos, grande incentivador da pesquisa científica e parâmetro de excelência acadêmica, cortesia e gentileza, e que sempre foi uma referência para mim.

*“A leitura traz ao homem plenitude; o discurso,  
segurança; e a escrita, precisão”.*

*Francis Bacon*

## RESUMO

A presente pesquisa tem por mote compreender quais os limites jurídicos do exercício regular da dispensa coletiva no Brasil. Ao indagar no problema de pesquisa quais seriam esses limites jurídicos, o objetivo se direcionou para a análise dos direitos fundamentais como supedâneo dessa regulamentação. Diante da centralidade dos Direitos Fundamentais na ordem jurídica brasileira, uma breve análise das teorias que lastreiam o desenvolvimento desse sistema de direitos se tornou o primeiro objetivo específico. Outros objetivos específicos decorrem da natureza principiológica dessas normas, demandando a compreensão de maneira sistêmica da teoria dos princípios e o modo como essas normas são manejadas pela jurisprudência dos tribunais e como o tema é regulamentado na experiência estrangeira. Na presente revisão bibliográfica pautada pelo método qualitativo a partir de um referencial teórico interdisciplinar e dos hard cases sobre o tema julgados pelo TST e pelo STF foi possível encontrar como resultado do escorço heurístico a necessidade de aplicação do sistema de direitos fundamentais e dos princípios positivados no ordenamento jurídico, mormente na Constituição Federal para procedimentalizar o uso de ferramentas mitigadoras dos efeitos nocivos da dispensa coletiva para a sociedade. A partir da matriz principiológica do sistema de direitos fundamentais e da literalidade da constituição, considerou-se imprescindível a intervenção sindical, com vistas ao diálogo entre categorias econômica e profissional para evitar dispensas coletivas e preservar direitos. A conclusão da presente pesquisa adverte sobre os limites e dificuldades da negociação coletiva pelos sindicatos que se apresentaram no desenvolvimento, converge com a decisão do STF no Tema 638 de repercussão geral ao adotar o parâmetro da intervenção sindical na dispensa coletiva e propõe, para que negociações coletivas não sejam esvaziadas, o parâmetro do “dever de acomodação razoável”, além do princípio da boa-fé objetiva, este último já consagrado pela referida decisão da Suprema Corte brasileira.

**Palavras-chave:** Dispensa Coletiva. Direitos Fundamentais. Direito Coletivo do Trabalho. Principiologia Jurídica. Tema 638 do STF.

## RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo comprender los límites jurídicos del ejercicio regular de la dispensa colectiva en Brasil. Al abordar el problema de investigación sobre cuáles son esos límites jurídicos, el objetivo se centró en el análisis de los derechos fundamentales como fundamento de esa regulación. Ante la centralidad de los Derechos Fundamentales en el orden jurídico brasileño, el primer objetivo específico fue realizar un breve análisis de las teorías que sustentan el desarrollo de este sistema de derechos. Otros objetivos específicos derivan de la naturaleza principiológica de estas normas, exigiendo la comprensión sistémica de la teoría de los principios y la forma en que estas normas son manejadas por la jurisprudencia de los tribunales y cómo se regula el tema en la experiencia extranjera. En esta revisión bibliográfica basada en el método cualitativo a partir de un marco teórico interdisciplinario y de los casos difíciles sobre el tema juzgados por el TST y el STF, se encontró como resultado de la exploración heurística la necesidad de aplicar el sistema de derechos fundamentales y los principios positivados en el ordenamiento jurídico, especialmente en la Constitución Federal, para procedimentar el uso de herramientas mitigadoras de los efectos perjudiciales de la dispensa colectiva para la sociedad. Desde la matriz principiológica del sistema de derechos fundamentales y la literalidad de la constitución, se consideró imprescindible la intervención sindical, con el objetivo de facilitar el diálogo entre las categorías económica y profesional para evitar despidos colectivos y preservar derechos. La conclusión de esta investigación advierte sobre los límites y dificultades de la negociación colectiva por parte de los sindicatos que se presentaron en el desarrollo, coincide con la decisión del STF en el Tema 638 de repercusión general al adoptar el parámetro de la intervención sindical en la dispensa colectiva y propone, para que las negociaciones colectivas no se vean vaciadas, el parámetro del "deber de acomodación razonable", además del principio de buena fe objetiva, este último ya consagrado por la mencionada decisión de la Corte Suprema brasileña.

**Palabras-clave:** Dispensa Colectiva. Derechos Fundamentales. Derecho Colectivo del Trabajo. Principiología Jurídica. Tema 638 del STF.

## ABSTRACT

The aim of this research is to understand the legal limits of the regular exercise of collective dismissal in Brazil. When asking in the research problem what these legal limits would be, the objective was directed towards the analysis of fundamental rights as a substitute for this regulation. Given the centrality of Fundamental Rights in the Brazilian legal order, a brief analysis of the theories that support the development of this system of rights became the first specific objective. Other specific objectives arise from the principled nature of these norms, demanding a systemic understanding of the theory of principles and the way in which these norms are handled by the jurisprudence of the courts and how the topic is regulated in foreign experience. In this bibliographic review guided by the qualitative method based on an interdisciplinary theoretical framework and hard cases on the subject judged by the Brazilian Labor Court and the Brazilian Supreme Court, it was possible to find as a result of the heuristic effort the need to apply the system of fundamental rights and the principles established in the legal system, especially in the Federal Constitution to proceduralize the use of tools to mitigate the harmful effects of collective dismissal on society. Based on the principled matrix of the fundamental rights system and the literal nature of the constitution, union intervention was considered essential, with a view to dialogue between economic and professional categories to avoid collective layoffs and preserve rights. The conclusion of this research warns about the limits and difficulties of collective bargaining by unions that presented themselves in the development, converges with the decision of the Brazilian Supreme Court in Theme 638 of general repercussion by adopting the parameter of union intervention in collective dismissal and proposes, so that negotiations collective agreements are not emptied, the parameter of the “duty of reasonable accommodation”, in addition to the principle of objective good faith, the latter already enshrined in the aforementioned decision of the Brazilian Supreme Court.

**Keywords:** Collective Dispensation. Fundamental rights. Collective Labor Law. Legal Principle. Theme 638 of the Brazilian Supreme Court.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACT	Acordo Coletivo de trabalho
ADA	<i>Americans with Disabilities Act</i>
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	Atos das disposições constitucionais transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
APP's	Aplicativos
Art.	Artigo
CC/02	Código Civil de 2002
CCT	Convenção Coletiva de Trabalho
CDPD	Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência
CESIT	Centro de Estudos Sindicais e Economia do Trabalho
Cf.	Conferir
CF/88	Constituição Federal de 1988
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CUT	Central Única dos Trabalhadores
ED	Embargos de Declaração
EPI	Equipamento de Proteção Individual
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
GAET	Grupo de Altos Estudos do Trabalho
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
MEI	Microempreendedor individual
Min	Ministro(a)
MPT	Ministério Público do Trabalho
n.	Número
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
p.	Página

PCD	Pessoa com Deficiência
PDV/PIDV	Plano de Demissão Voluntária
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PIDESC	Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PNAD	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios
RE	Recurso Extraordinário
RO	Recurso Ordinário
RODC	Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo
RR	Recurso de Revista
S.l.	Sine loco
SDC	Seção de Dissídios Coletivos
SDI	Seção de Dissídios Individuais
Séc.	Século
STF	Supremo Tribunal Federal
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
v.	Volume
v.g.	<i>Verbi gratia</i>

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>14</b>
<b>2</b>	<b>EFICÁCIA E EFETIVIDADE DA BASE PRINCIPOLÓGICA CONSTITUCIONAL LIMITADORA DAS DISPENSAS COLETIVAS .....</b>	<b>24</b>
2.1	FUNDAMENTOS DA EFICÁCIA HORIZONTAL.....	36
2.2	SINDICALISMO E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	61
2.3	SINDICALISMO E INDÚSTRIA/TRABALHO 4.0 .....	82
<b>3</b>	<b>EPISTEMOLOGIA E ANÁLISE SISTÊMICA DA DISPENSA EM MASSA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA .....</b>	<b>84</b>
3.1	PRINCIPIOLOGIA JURÍDICA E SISTEMA JURÍDICO.....	84
3.1.1	O sistema jurídico dentre outros sistemas.....	87
3.1.2	Princípios .....	92
3.3.3	Ponderação de Normas-Princípio .....	97
3.1.4	Natureza jurídica e classificação interna .....	112
3.1.5	A singularidade do judiciário e a estabilidade das relações jurídicas .....	119
3.2	PRINCÍPIOS INCIDENTES E BOA-FÉ OBJETIVA .....	125
<b>4</b>	<b>DISPENSA EM MASSA E OS VALORES JURIDICOS A SEREM TUTELADOS .....</b>	<b>140</b>
4.1	DIFICULDADES PARA A REGULAMENTAÇÃO DO TEMA E CONTRAPONTO.....	141
4.2	DISPENSA PLÚRIMA E DISPENSA COLETIVA .....	146
4.3	OS DIREITOS SOCIAIS, O DEVER DE ACOMODAÇÃO DO EMPREGADOR E A SALVAGUARDA DOS EMPREGOS .....	157
4.4	JURISPRUDÊNCIA SOBRE DISPENSA EM MASSA ANTES DO TEMA 638 .....	162
4.5	FUNDAMENTOS DO TST.....	163
4.6	FUNDAMENTOS DO STF NO TEMA 638.....	175
4.7	APLICABILIDADE DA CONVENÇÃO 158 DA OIT .....	202
4.8	A DISPENSA COLETIVA NA EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA .....	216

4.9	JURISPRUDÊNCIA SOBRE DISPENSA EM MASSA APÓS O JULGAMENTO DO TEMA 638 DO STF .....	227
4.10	ALTERNATIVAS À DISPENSA COLETIVA .....	244
5	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>255</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>261</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A promulgação da Reforma trabalhista trouxe à tona inúmeros temas que estavam adormecidos no âmbito das discussões doutrinárias justralhistas. Discussões sobre a (in)constitucionalidade de dispositivos, a extinção de princípios, e mesmo a quebra da racionalidade inerente ao Direito do Trabalho.

O tema da dispensa coletiva vinha sendo tratado pela jurisprudência majoritária de modo a considerar necessária a negociação coletiva prévia para sua realização, mesmo sem dispositivo legal infraconstitucional contendo literalmente tal disposição, o que despertava discussões com base em pensamentos e teorias minoritárias de juristas apegados à racionalidade positivista (a partir do princípio da legalidade privada) e à literalidade da lei.

Até a reforma trabalhista, parecia estar consolidado a partir do caso Embraer o entendimento de que a negociação coletiva era imprescindível à licitude e regularidade das dispensas coletivas. No entanto a reforma trabalhista de 2017 (Lei 13.467/2017) inovou no cenário jurídico ao prever norma diametralmente oposta ao entendimento consolidado (Brasil, 2017).

A norma pretendeu igualar o tratamento jurídico dado às dispensas coletivas àquele empregado às despedidas individuais sem considerar o manancial normativo de índole constitucional em sentido contrário constante em nosso ordenamento jurídico. Na mesma toada, caminhou no sentido oposto a uma série de princípios do direito constitucional que visam a equilibrar relações jurídicas e tutelar condições de vida minimamente dignas, como a função social da propriedade e a dignidade da pessoa humana.

Certamente muito ainda se discutirá acerca da (in)constitucionalidade desse dispositivo. Porém, o presente trabalho se antecipa e perscruta os fundamentos presentes no ordenamento jurídico brasileiro que autorizam a exigência da negociação coletiva nas dispensas coletivas, passando pelo direito fundamental ao trabalho, a função social da empresa, a boa-fé objetiva e a doutrina do jusfilósofo alemão Robert Alexy. Tudo em consonância com os fundamentos constantes dos votos dos Ministros do STF no âmbito do julgamento do Tema 638 de Repercussão Geral.

Diante da necessidade de realização da negociação coletiva, buscar-se-á instrumentos para a fundamentação de sua necessidade e sua efetiva realização, não como mera

formalidade aparente, mas como instrumento de mitigação dos efeitos nocivos da dispensa coletiva. Sendo abordado com base na boa-fé objetiva e na proibição do exercício danoso inútil de um direito ou faculdade, buscar-se-á originalidade na busca de alternativas para a implementação dos direitos fundamentais que alicerçam a necessidade da aludida negociação, dentre eles, o dever de acomodação.

O dever de acomodação se mostra uma das hipóteses de solução para o nosso problema de pesquisa, que consiste na indagação: Os limites jurídicos do exercício regular da dispensa coletiva, sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, demandam a realização de negociação coletiva para a efetivação de direitos e a mitigação de danos?

A exigência de negociação coletiva cuja pertinência decorre da natureza coletiva da dispensa coletiva ao viabilizar o diálogo social e a busca por medidas mitigadoras dos potenciais danos dela decorrentes podem ser encontrados na jurisprudência (mormente a do STF), na experiência empírica dos sindicatos (também referenciada nas decisões dos tribunais) e na experiência oriunda da jurisprudência estadunidense.

Nesta última, o dever de acomodação razoável ganha destaque e posterior previsão normativa nos EUA e em outros países, merecendo um olhar atento da doutrina brasileira, que pouco se debruçou sobre o tema, afim de constatar sua (in)aplicabilidade no bojo do ordenamento jurídico brasileiro.

Para isso serão observadas obras de referência sobre o dever de acomodação, que apesar de estar mais comumente relacionado à liberdade religiosa e à acessibilidade da pessoa portadora de deficiência, a priori revela um potencial deveras interessante para fins de conferir efetividade à negociação coletiva na dispensa coletiva e conseqüentemente aos direitos fundamentais ao trabalho, da função social da empresa e da boa-fé objetiva. Assim, nossa hipótese é de que: a negociação coletiva é necessária para fomentar medidas de acomodação razoável, pagamento de indenizações, criação de PDV/PDIV's e outras medidas de mitigação de danos da dispensa coletiva com vistas à efetivação dos princípios de direitos fundamentais pertinentes à tutela dos direitos sociais garantidos pela CF/88.

A referida análise não passará ao largo do estudo das teorias dos princípios de Alexy, dos Direitos Fundamentais, do Direito enquanto subsistema social (Teoria dos Sistemas de Luhmann), do princípio da boa-fé objetiva como vetor de procedimentalização da necessidade

de negociação sindical na dispensa coletiva e do dever de acomodação razoável, como objetivos específicos inerentes ao objeto da presente pesquisa.

Por fim, com uma análise sob a perspectiva de uma revisão bibliográfica, proceder-se-á a elaboração de um relatório de pesquisa que se vale da abordagem qualitativa a partir de um diálogo que esteja atento para vertentes metodológicas como o materialismo histórico, mas não se limite a ele, buscando minimizar os pontos cegos descritos por Luhmann ao analisar a observação, mas sem negligenciar as eventuais incompatibilidades que o uso de diferentes matrizes metodológicas pode ensejar.

Toda a pesquisa deverá se pautar por uma perspectiva interdisciplinar, promovendo a combinação das descobertas alcançadas nos ramos do conhecimento jurídico, sociológico, econômico e político. Essa imbricação de conhecimentos se fará imprescindível para o alcance dos resultados almejados, tendo em vista que serão aprimoradas as dimensões metodológicas e de conteúdo da pesquisa para que se alcance o ineditismo que a tese demanda.

O objeto do trabalho é a análise da dispensa em massa e suas espécies, bem como de institutos jurídicos aplicáveis a esse fenômeno social indesejado para fins de contenção de seus efeitos deletérios a partir da doutrina e da jurisprudência, mas também exemplificando a experiência de outros países. Será, porém, considerado o estado da arte na abordagem acadêmica interdisciplinar do objeto mediante uma multiplicidade de matrizes epistemológicas devidamente compatibilizadas com a finalidade de trazer diferentes perspectivas teóricas e soluções mais sofisticadas e eventualmente mais dimensões de ineditismo.

Essa abordagem deve ser levada em consideração para que se possa, a partir dessa base epistemológica e teórica interdisciplinar, aferir a eventual (in)constitucionalidade da permissão irrestrita de dispensa em massa prevista no Art. 477-A da CLT (criado pela Reforma Trabalhista de 2017) verificando a regulamentação constitucional da dispensa em massa e a eventual necessidade de negociação coletiva para fins de efetivação dos direitos fundamentais, especialmente do direito fundamental ao trabalho, mediante a adoção do instituto do “dever de acomodação razoável” inserido no contexto atual da jurisprudência da Suprema Corte brasileira.

Apesar da principal hipótese já levantadas acerca do objeto dessa pesquisa serão averiguadas se verdadeiras ou falsas as hipóteses alternativas, como se a suprema corte faz uma interpretação conforme do Art. 477-A da CLT e sua equiparação meramente artificial

entre dispensas individual e coletiva, ou se a aludida equiparação não prevalece diante de uma análise sociológica, econômica e amparadas constitucionalmente e, desse modo, viola a Constituição em seus princípios e valores fundamentais.

Buscar-se-á confirmar também se as alternativas à dispensa em massa, como o “dever de acomodação razoável”, podem ser úteis, isoladamente ou em conjunto com outras alternativas para mitigar os efeitos deletérios das dispensas coletivas.

O objetivo geral do trabalho será averiguar se os Direitos Fundamentais (em especial o Direito Fundamental ao Trabalho), o “Dever de Acomodação Razoável”, a boa-fé objetiva e a função social da empresa condicionam a dispensa coletiva à negociação coletiva tornando inconstitucional a interpretação literal que se busca dar ao Art. 477-A da CLT.

Tal aferição somente poderá ser feita á luz da jurisprudência e verificando a regulamentação constitucional da dispensa em massa para fins de desvelamento da eventual necessidade de negociação coletiva para a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente do direito fundamental ao trabalho, e de outros princípios constitucionais pertinentes ao tema, como a função social da empresa e a boa-fé objetiva, que amenizam os efeitos nocivos inerentes às dispensas coletivas.

Para isso, diferentes matrizes epistemológicas devem ser levadas em consideração, sempre com atenção para as eventuais incompatibilidades, de modo que múltiplas perspectivas de análise possam ser utilizadas na construção de uma proposta de matriz jurídica sólida e capaz de lidar satisfatoriamente com os efeitos negativos das dispensas em massa. Isto posto, serão indicadas algumas das alternativas viáveis para procedimentalização da negociação coletiva em razão de sua fundamentalidade material e centralidade sistêmica, mormente com vistas à adoção do instituto do “dever de acomodação razoável”.

Guardam a condição de pressuposto ou consequência desse objetivo geral de averiguar se os direitos fundamentais condicionam o exercício ou a prática de dispensas coletivas a análise de como incidem os Direitos Fundamentais na ordem jurídica brasileira e em que medida sua efetividade se faz presente ou ausente na decisão do Supremo Tribunal Federal no âmbito do Tema 638 de Repercussão Geral. Assim como entender qual a dinâmica de funcionamento dos princípios na ordem jurídica brasileira a partir de uma análise sistêmica e como isso reflete da regulamentação da dispensa em massa.

A partir da jurisprudência e da doutrina pesquisadas, verificar-se-á como viabilizar as deliberações sem prejudicar a dinamicidade das relações trabalhistas e como essas negociações, decorrentes de um dever de diálogo social pautado pela boa-fé objetiva, pode

mitigar os efeitos maléficos da dispensa coletiva a partir da adoção de mecanismos tradicionalmente utilizados nas experiências negociais anteriores e da parametrização no dever de acomodação razoável diante de sua aplicabilidade no âmbito das dispensas em massa.

O método de abordagem que se faz adequado ao objeto da presente pesquisa é o qualitativo, já que não requer o uso de métodos e técnicas estatísticas, mediante a interpretação de fenômenos e atribuição de significados. A pesquisa será exclusivamente bibliográfica, mediante a utilização de obras especializadas no tema abordado, ou que tenham íntima ligação com os direitos fundamentais, em especial as teorias dos princípios, lições que elucidem o direito ao trabalho e a boa-fé objetiva (inclusive seu caráter procedimental).

Essa abordagem teórica acadêmica será enriquecida com informações e questões levantadas em diversas fontes disponíveis na internet, abrangendo principalmente julgados anteriores e posteriores à decisão do supremo no Tema 638 e o próprio precedente dessa Corte, que será cotejado com outros precedentes correlatos, como o julgamento da ADC 39, que tratou da validade do ato de denúncia da Convenção 158 da OIT pelo Brasil.

Por fim a pesquisa buscará por alternativas para a resolução do problema proposto na doutrina e jurisprudência nacionais, a partir da indicação dos elementos que tradicionalmente são pactuados em negociações coletivas resultantes de dispensas coletivas. A abrangência da abordagem que se pauta nas fontes doutrinárias e jurisprudenciais não desprezará a indicação das normas constitucionais e infraconstitucionais pertinentes e a remissão pontual à experiência estrangeira, mormente na América do Sul. Escolha motivada pelo contexto político, econômico, cultural e pela localização geográfica, no que são mais próximos do Brasil do que os países europeus, eventualmente também referidos.

Serão traçadas as linhas principais da teoria dos direitos fundamentais adotada majoritariamente no Brasil e bastante presente na América do Sul, pois não se pode desconsiderar que os direitos trabalhistas são direitos sociais característicos da terceira dimensão dos direitos humanos fundamentais e que são assegurados constitucionalmente, demandando um diálogo com a teoria dos princípios de Alexy e com o constitucionalismo em alguma medida.

Tal abordagem será realizada com enfoque na perspectiva sistêmica que a concepção Alexyana possui, que vai para além da propensão à utilização de fórmulas matemáticas (sem pretensão de exatidão ou de encontrar uma única resposta correta), o que será salientado mediante o diálogo com conceitos e perspectivas analíticas da teoria sistêmica de Niklas

Luhmann e outros autores que seguem ou complementam as lições do “jus sociólogo” alemão.

O uso responsável das lições de Luhmann, em razão da utilização de conceitos muito específicos e diferenciados, demandará uma atenção inicial maior para fins de esclarecimento, mas isso não tornará a análise puramente Luhmanniana, pois a pretensão metodológica é de promoção do diálogo de perspectivas, não de fechamento dessa via heurística, que foi trazida à baila no voto do Min. Ricardo Lewandowski no julgamento do Tema 638 de Repercussão Geral.

Embora Alexy e Luhmann sejam as principais referências da base epistemológica, Adam Smith (1999), Hans Kelsen (2006) e Karl Marx (2017) por sua vez, fornecem argumentos para pontuar variações e criticar verdades absolutas/relativizações ao desvelarem os interesses e ideologias subjacentes às possibilidades de análise dos fenômenos, posto que a dialética não necessariamente demanda convergência.

Ressalta-se que, não obstante a eventual exposição de convergências e divergências, o itinerário da pesquisa impõe que primeiro sejam abordadas as análises teóricas, depois proceder-se-á à dogmática, para apenas na proposta de solução do problema de regulamentação da dispensa em massa firmar posição em favor da necessidade de negociação coletiva e formular sugestão de meios de mitigação dos seus efeitos deletérios.

Na terceira parte da tese, proceder-se-á com a aplicação das bases teóricas à proposta de solução do problema, que se pretende madura por considerar os problemas que emergem da doutrina mais alinhada com os argumentos aduzidos pelo TST e pelo STF no julgamento do tema. Pretende-se também sofisticada metodologicamente por considerar as conclusões da análise teórica inicial com suas diversas dimensões decorrentes da consideração de mais de uma vertente teórica na concepção teórico-epistemológica da tese.

A busca por uma visão coerente do ponto de vista sistêmico acerca da dinâmica realizada pelas normas-princípio no âmbito dos Direitos Fundamentais (específicos/trabalhistas) é um dos traços caracterizadores da originalidade da presente pesquisa, sendo que apesar de demandar do autor uma atenção para não incorrer num mix metodológico que despreza as incompatibilidades ou incongruências entre as teorias utilizadas, não demanda preocupação com a necessidade de adequação da teoria sistêmica à finalidade protetiva do Direito do Trabalho, pois na linha do escólio do jurista argentino Rodolfo Filas, fica clara a potencialidade protetiva da concepção sistêmica do Direito Laboral.

Antes de marcar posição pela aplicabilidade do “dever de acomodação razoável”, em observância ao objetivo exploratório do trabalho, serão utilizados estudos de casos ou trazidos *hard cases* para elucidar o tema permitindo o amplo e detalhado conhecimento deste a partir da jurisprudência e suas nuances. A originalidade emergirá também da análise acurada de precedentes recentes em combinação com o referencial teórico bibliográfico clássico e moderno a partir de uma abordagem metodológica compatibilizadora de diferentes linhas epistemológicas.

Serão contemplados pontos de vista diversos a partir das principais habilidades de cada matriz epistemológica, porém sem perder de vista suas contradições e eventuais incompatibilidades, de modo a ter como premissa o potencial analítico das teorias sistêmicas, as pretensões de previsão e controle dos fenômenos do positivismo, o potencial de expor fragilidades epistemológicas e buscar por resultados mais justos do pós-positivismo e especialmente do potencial elucidativo ao desvelar a realidade social a partir da consideração dos interesses subliminares aos fatos sociais observados à luz da luta de classes no âmbito do materialismo-histórico inerente às teorias críticas (Marxistas/ Marxianas).

A análise da dispensa coletiva e suas consequências sociais e econômicas demanda a abordagem dos mecanismos jurídicos disponíveis aptos a mitigar seus efeitos deletérios. Primeiramente é preciso entender o que é a dispensa massiva, o que terá por base a clássica divisão consagrada na doutrina de Orlando Gomes (1974), e a partir daí atualizar o tema (assim também procederam o TST e o STF em seus julgamentos sobre a dispensa coletiva), sempre adotando a cautela necessária para que não se proponha transposição de uma solução defasada ou de solução alienígena para um problema inserido num contexto específico, como o caso da Embraer, que será aprofundado a partir do seu acórdão de julgamento.

A pesquisa tem um caráter interdisciplinar, que busca problematizar esse fenômeno social a partir de diferentes prismas teóricos e epistemológicos. Desse modo, as perspectivas filosófica e sociológica merecerão especial atenção, seja a partir de uma abordagem pautada nas lições de filósofos do direito, como Alexy (2011; 2014; 2017), sociólogos do direito, como Luhmann (1980; 1996; 2005; 2007; 2016a; 2016b) ou e na base teórica interdisciplinar do geógrafo David Harvey (2011). Considera-se um desafio enfrentar a complexidade da abordagem sistêmica proposta por Niklas Luhmann a partir de seus conceitos e técnicas analíticas, entretanto, mister lançar mão de seu potencial elucidativo.

A esfera moral não será negligenciada, e a base de filosofia moral a ser aplicada para a aferição da aprovação/desaprovação e do mérito/demérito de cada posicionamento será a

clássica Teoria dos Sentimentos Morais de Adam Smith (1999). Essa abordagem filosófica é relevante, mormente nesse momento da década de 20 do século XXI, em que os direitos trabalhistas são atacados sob o pretexto de abrir espaço para a solução dos conflitos laborais na esfera da moral, a partir de técnicas de *compliance*, que supostamente seriam socialmente mais desejáveis.

Toda a base interdisciplinar permitirá uma incursão/abordagem mais sólida da perspectiva jurídica do fenômeno, contemplando os múltiplos aspectos da dispensa em massa. A partir de todos os argumentos encontrados ao longo desse caminho, será possível pinçar os institutos jurídicos capazes de lidar com os fatores contrapostos, contemplando também as diferentes perspectivas epistemológicas dentro do estudo do Direito.

Essa pretensão envolve a compatibilização das teorias mais modernas no âmbito dos Direitos Fundamentais, especialmente as mais influentes no contexto brasileiro, a exemplo do multicitado Robert Alexy e sua Teoria dos Direitos Fundamentais, bem como a Teoria dos Princípios de Humberto Ávila (2007), sempre considerando os pontos de convergência e mantendo a atenção para com as incompatibilidades, de modo que não resultem em contradições internas na presente pesquisa. O Aprofundamento na temática dos Direitos Fundamentais passará pela Eficácia Horizontal, a partir das lições de Sarlet, Sombra e Amaral, de modo que se possa compreender a gênese, a estrutura e a dinâmica de funcionamento dos Direitos Fundamentais de maneira ampla, permitindo uma reclassificação dos Princípios Jurídicos a partir das lições de Alexy e de Luhmann.

Os corolários desses direitos fundamentais, que a partir da Constitucionalização do Direito refletem em institutos infraconstitucionais serão de grande valia para as propostas de mitigação dos efeitos da dispensa massiva, seja a partir da abordagem da boa-fé objetiva, tanto na doutrina pátria, a exemplo de Judith Martins-Costa (2015) e de Emmanoel Pereira (2019).

A efetivação dos Direitos Fundamentais e da boa-fé objetiva pode ser realizada por meio de uma negociação coletiva eficiente que tenha em vista o que o procedimento que dela decorre dialoga com o dever de adaptação razoável e cumprimento do dever de dialogar. Mas para compreender a negociação coletiva de maneira “supradogmática” deve-se enxergá-la como meio de efetivação do diálogo social e das propostas de proteção de direitos suscitadas, evitando assim as dispensas abusivas (Cf. Leonardo Wandelli) e não limitando o presente estudo a meras elucubrações herméticas e estéreis elaboradas em um “castelo de marfim”.

O estudo dogmático do Direito do Trabalho levará em consideração as visões amplas de Barbagelata (2012) acerca dos possíveis modos de ser desse ramo jurídico, ao mesmo tempo em que buscará nos clássicos do positivismo, como as lições de Kelsen (2006) diretamente e por outros autores, afim se desvencilhar das limitações do positivismo jurídico mantendo as potencialidades de previsibilidade e controle dos fenômenos que lhe deu algum respaldo acadêmico.

O diálogo entre as fontes pretende-se enriquecedor, pois busca ser um diálogo consciente, com pretensões de objetividade nos moldes do escólio de Bourdieu, Chamboredon e Passeron (1999) em sua obra *A Profissão de Sociólogo* e com especial atenção para os obstáculos de incompatibilidade ideológica, a que não se pretende dar contornos de amplitude na abordagem para não incorrer em fuga do tema.

Dentre as diversas obras consultadas para a obtenção dos resultados da pesquisa buscar-se-á principalmente recorrer às lições de Héctor-Hugo Barbagelata (2012), Rodolfo Capón Filas (1998), Orlando Gomes (1959; 1974), Edilton Meireles (2014; 2022), Leonardo Wandelli (2004), Fabio Rodrigues Gomes (2008), Maurício Delgado (2001; 2012) e Aloisio dos Santos Junior (2013) no âmbito do Direito do Trabalho.

Para lições sobre Teoria Geral do Direito, Direitos Fundamentais e Principiologia Jurídica, serão consultadas as obras de Robert Alexy (2011; 2014; 2017), Luís Roberto Barroso (2005), Dirley da Cunha Júnior (2016; 2018), Humberto Ávila (2007), Ronald Dworkin (2012), Hans Kelsen (2006), Celso Campilongo (2002) e Walber Carneiro (2020a; 2020b), sem prejuízo dos conhecimentos apresentados nos demais autores utilizados.

Ainda serão consultadas lições de Judith Martins-Costa e Emmanoel Pereira para fins de complementação da análise da boa-fé objetiva no direito civil promovida no âmbito da jurisprudência pesquisada, bem como a análise acurada sobre o dever de acomodação razoável feita por Aloísio dos Santos Júnior.

A abordagem interdisciplinar será garantida pela combinação dos autores anteriormente apontados com filósofos, sociólogos, geógrafos, historiadores e autores das mais diversas áreas do conhecimento, como Adam Smith (1999), Niklas Luhmann (1980; 1996; 2005; 2007; 2016a; 2016b), David Harvey (2011), Karl Marx (2017), Hans Kelsen (2006), Ronald Dworkin (1999) e Robert Alexy (2011; 2014; 2017). Todos sendo considerados na análise do objeto e busca pela solução do problema de pesquisa, especialmente no que toca ao aspecto jurídico de maneira interdisciplinar e considerando os aspectos ideológicos (que envolvem o afastamento da metodologia pura proposta por Kelsen

na dimensão da efetivação da pesquisa, mas sua consideração em nível argumentativo para fins reflexivos) e a questão social subjacentes ao fenômeno jurídico.

Com o aprofundamento da análise da regulamentação e do tratamento jurídico adequado às dispensas coletivas a partir do panorama constitucional firmado pela CF/88 e toda a principiologia dela decorrente, considerando a máxima efetividade constitucional e a boa-fé objetiva, será possível propor um tratamento jurídico razoável e proporcional em conformidade com a constituição. Esse tratamento jurídico terá como supedâneo as conclusões da doutrina especializada e da jurisprudência que está se formando desde o finalzinho da primeira década do século XXI até a contemporaneidade, que tem como recentes os vários julgamentos dos TRT's, do TST e do STF no início da década de vinte do presente século.

A experiência estrangeira será analisada, mas sem a pretensão de servir como parâmetro para o tratamento jurídico no Brasil. Servindo apenas para a aferição do nível de amadurecimento do tema no país ao considerar um pouco do que já foi legislado na América do Sul e na Europa. Assim, considerando inclusive as remissões às soluções existentes, mediante relato de reflexões empíricas que chegam aos tribunais, se garantirá uma abertura cognitiva na presente pesquisa, que só pode ser explicada satisfatoriamente numa concepção sistêmica imbricada na matriz metodológica utilizada.

As discussões suscitadas nas decisões dos tribunais também servirão de matriz heurística para o desenvolvimento da análise da presente pesquisa. A análise de questões voltadas para a natureza principiológica do Art. 8, III da CF/88, o melhor modelo teórico de aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais e a validade do decreto de denúncia da convenção 158 da OIT são exemplos desses objetivos específicos que surgem como corolários da análise jurisprudencial que se faz imprescindível ao se pesquisar o objeto da dispensa em massa no Brasil.

## **2 EFICÁCIA E EFETIVIDADE DA BASE PRINCIPIOLÓGICA CONSTITUCIONAL LIMITADORA DAS DISPENSAS COLETIVAS**

Os direitos fundamentais são marcados por uma característica de historicidade que remete ao progresso (suscitando a vedação ao retrocesso) comumente compreendido como incremento de proteção ao titular dos direitos fundamentais em face dos potenciais ofensores dos bens jurídicos por eles protegidos

No momento atual, para além das discussões acerca da nomenclatura que classifica as normas jurídicas dotadas de tal fundamentalidade em gerações ou dimensões com as consequências para a compreensão do tema, já optamos em textos anteriores pela aderência à vertente doutrinária que adota o termo dimensões.

Abraçando, como consequência desse paradigma, a constatação de redimensionamentos dos direitos já consagrados, especialmente num contexto de surgimento de relações com características novas que dão origem aos chamados “novos” direitos, bem como de uma preponderância e um protagonismo do princípio da solidariedade de modo a reforçar o papel dos direitos fundamentais na sociedade atual (Budel, 2017).

Além da compreensão do fenômeno dos direitos fundamentais e sua constante expansão como um resultado do Estado Moderno e das relações sociais que lhe são subjacentes, não se pode perder de vista a influência do surgimento do Estado Social nessa “evolução” dos direitos fundamentais e no consequente tratamento jurídico da dispensa coletiva, que de certo modo ocorrem com e pela “evolução” da própria sociedade.

Desde textos anteriores, ressaltamos que a característica que difere o Estado Liberal do Estado Social mais comumente referida pela doutrina dos Direitos Fundamentais é o foco (relativamente moderado) na liberdade e no cumprimento das obrigações pelo primeiro e o foco (relativamente moderado) na igualdade e no bem-estar social pelo segundo (tendo o primeiro a autonomia privada, a liberdade e o individualismo como centro dos direitos fundamentais enquanto o segundo a igualdade material e a dignidade da pessoa humana). A doutrina aponta que os motivos dessa mudança de perspectiva jurídica advêm de uma mudança na configuração social.

A inequívoca distinção entre o Estado liberal e o Estado Social está pautada na restrição da influência outrora exercida pela burguesia, bem com as consequências dela advindas – tais como a exacerbação da noção de autonomia privada e a

ausência de intervenção estatal nas relações jurídicas entabuladas entre particulares (Sombra, 2011, p. 19).

Essas mudanças criam novas fragilidades e novas dificuldades que precisam ser tuteladas mediante a busca pelo tratamento jurídico adequado aos fenômenos jurídicos massivos, como é o caso da dispensa coletiva, que precisa ser analisada à luz dos direitos fundamentais. A distinção entre Estado Liberal e Estado Social permite ao observador desvencilhar-se de visões parciais e expandir a compreensão do fenômeno evolutivo dos direitos fundamentais.

Tendo por pressuposto a existência de várias teorias que fundamentam os direitos fundamentais – tema que não será esgotado, para não fugir ao objeto da pesquisa, passando em breve síntese propedêutica o que já foi tratado por esse autor em publicação anterior (Budel, 2018) – para favorecer a compreensão do estado da arte e possibilitar uma visão em alguma medida mais imparcial, preparando o leitor para a compreensão das fundamentações dos julgados sobre dispensa coletiva que fundamentam seus dispositivos a partir dos direitos fundamentais. Assim, veremos, inclusive, que pode-se transcender a dicotomia Liberal-Social com sua influência sobre a compreensão da essência dos direitos fundamentais e o modo como eles incidem no âmbito das relações privadas.

O final do século XX e o início do século XXI são marcados pelo avanço dos poderes privados supraestatais sobre a soberania dos estados mediante uma política neoliberalizante que prevê a flexibilização e a desregulamentação da relação de emprego como remédio para a mazela do desemprego. É o que se pode observar da leitura de várias obras componentes do presente referencial teórico, em especial os textos “o fim da economia nacional” de Kurz (1995) e “Concentração de renda e desigualdades” de Cattani (2013).

Uma visão muito atual sobre as perspectivas que se pode ter quanto à questão social e trabalhista, no que toca à possibilidade de ampliação do âmbito de abrangência do Direito do Trabalho e dos mecanismos para elevar o patamar civilizatório mínimo das condições de contratação de mão de obra na sociedade do século XXI é apresentada pelo autor uruguaio Hector-Hugo Barbagelata (2012), que revela comedimento em seu otimismo diante da conjuntura socioeconômica da época em que escreveu, mas que perdura nos dias atuais com sinais de recrudescimento. Vejamos:

Não pode ser ignorado que nos países mais ricos tem-se desenvolvido outra categoria de “novos pobres” como resultado do desemprego crônico, o enfraquecimento do controle sobre o cumprimento das normas de trabalho, o trabalho precário, os abusos de que são vítimas os imigrantes ilegais e a informalidade que tende a se espalhar por um número crescente de atividades.

O Estado atual da situação mundial e as perspectivas para os próximos anos não permitem ter esperança para uma rápida melhoria desta nova emergência da questão social (Barbagelata, 2012, p. 22).

O referencial teórico utilizado na presente pesquisa aponta que essa estratégia flexibilizante é socialmente deletéria (Vecchi, 2009) e intensifica o desemprego em razão das mudanças no modo de produção e das políticas sociais implementadas principalmente por esses entes supraestatais que representam os interesses do capital, almejam aumento da lucratividade e do acúmulo de capital, gerando concentração de renda e de maior desigualdade no seio da sociedade. Nos lugares em que essas políticas neoliberais foram implementadas (Vecchi, 2009; Cattani, 2013) os problemas advindos da crise do Estado social não foram resolvidos.

A hermenêutica filosófica aborda a linguagem no âmbito do ato de conhecimento, voltando-se para a interpretação, aduzindo inclusive que o pensamento é realizado por palavras num diálogo do indivíduo consigo mesmo. Há que se ressaltar, por apreço à compatibilidade metodológica entre os referenciais teóricos consultados, que a teoria sistêmica de Luhmann retira a centralidade que a linguagem possui nos sistemas de conhecimento, de modo que a premissa de que a linguagem molda compreensão e o modo de existir, compatível com uma análise filosófica fenomenológica não ganha tal espaço nos sistemas sociais.

A abordagem do fenômeno da linguagem e seu papel na construção do conhecimento e na existência humana transcende em muito o objeto da presente pesquisa. Apesar disso, é preciso ao menos marcar posição na necessidade de um pesquisador no âmbito das ciências humanas estar ciente dessa abordagem filosófica, ainda que não a adote.

Isto posto, pode-se apresentar como uma das representantes dessas vertentes a corrente classificada como “antropologia filosófica” que considera a linguagem como sendo o constrangimento biológico mais importante, a partir do qual o homem produz uma fantasia que ele chama de mundo e se predispõe a enfrentá-la, de modo que ao apresentar essa corrente, Adeodato conclui que a ideia central de Gehlen (representante dessa corrente) é que o ser humano não habita a natureza, ele habita a linguagem, sendo que essa tese permite perceber o caráter comunicativo dessa experiência (Adeodato, 2019, p. 302-304).

Como referido, a referida corrente é apenas uma das que abordam o fenômeno da linguagem. Outra é a corrente apresentada por Ipojucan com base em Heidegger e Gadamer, que enfatiza as características de historicidade e facticidade do indivíduo, tratando do círculo

hermenêutico, por intermédio do qual o intérprete leva em consideração sua historicidade, facticidade, pré-compreensões e pré-conceitos que são inerentes à história que o acompanha.

O intérprete não pode se livrar dessa condição, entretanto, tendo consciência, pode identificar as pré-compreensões e se elas são prejudiciais à interpretação, ou seja, se são pré-compreensões inautênticas ou autênticas<sup>1</sup>. Destaca-se que essas premissas à aferição da norma a partir do texto normativo, mormente diante do caráter mais aberto dos princípios, não foram desenvolvida nas decisões sobre dispensa coletiva consultadas no decorrer da pesquisa. Tais digressões talvez tenham sido consideradas supérfluas, mas estão indissociavelmente ligadas ao modo como se interpretam os princípios referenciados como fundamento das diversas decisões, com destaque para o caso “Embraer” e o Tema 638.

Destaca-se a relevância que tem o intérprete, seja ele o autor no momento da pesquisa, ou o leitor de uma mesma pesquisa, que deve dedicar atenção aos prejuízos inautênticos. Certamente os ministros do TST e do STF tiveram tal cautela ao apreciar o tema da dispensa coletiva, posto que o próprio MPT alertou sobre as opções políticas traçadas na constituição e o uso delas pelos tribunais (o uso das opções políticas não podem refletir prejuízos inautênticos, comprometedores da imparcialidade judicial).

Todos, juiz, pesquisador e interprete, devem evitar incorrer em algum prejuízo inautêntico, sendo que consideramos um prejuízo inautêntico a compreensão dos direitos fundamentais ligada exclusivamente à concepção liberal do estado e da sociedade, que repercute no tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, embora o tema atualmente não enseje mais grandes controvérsias.

Com base nas teorias dos direitos fundamentais explicadas por Júlio Amaral em obra específica sobre o tema, apoiado numa mescla entre as classificações de Böckenförde e Gomes Canotilho, é possível apresentar uma visão geral da discussão acerca do papel dos direitos fundamentais e seu modo de incidência.

Compreender, em complemento, as teorias, axiológica, democrático-funcional, socialista (dos direitos fundamentais), social e, também, liberal, permitem compreender que

---

<sup>1</sup> “Vecchi aduz com base nas lições de Gadamer e Heidegger que designa-se como pré-juízo ou pré-compreensão autêntico(a) são aqueles característicos da historicidade de nossa existência, e dos quais não podemos nos desvencilhar ao entrar adequadamente no círculo hermenêutico em que ocorrerá a fusão de horizontes no processo de compreensão de um fenômeno. Já os pré-juízos inautênticos são errôneos e distorcem a verdade, pois nos mantêm atados acriticamente ao que vem do passado, impedindo o intérprete de abrir-se a novos sentidos adequados aos novos contextos” (Budel, 2018).

tais direitos são compreendidos à luz de um contexto interdisciplinar. A teoria liberal, por exemplo, consiste na compreensão de que “os direitos fundamentais são caracterizados como direitos de liberdade atribuídos ao homem perante o Estado. [...] concebidos como uma espécie de direitos de defesa [...]” (Amaral, 2007, p. 33), de modo que só por essa teoria, seriam inoponíveis em face de atos de poder privado, tais como as dispensas coletivas.

Gilmar Mendes (2000) baseia-se nas lições de Alexy para destacar que sob esse prisma eles se destinam a proteger posições subjetivas contra a intervenção do poder público, que não pode impedir a prática de determinado ato, nem intervir em situações subjetivas ou eliminar posições jurídicas dos seus titulares, o que, em contraponto ao que defendemos na presente tese, poderia sustentar a impossibilidade do Estado impedir ou limitar a dispensa coletiva, por ser um ato de liberdade de um ente privado numa relação com outros particulares, ainda que de natureza coletiva.

Mendes (2000) faz remissão às lições de Konrad Hesse acerca da competência negativa do poder público, consistente em respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado pelos direitos fundamentais. A partir dessa perspectiva, parece que o argumento contrário à posição adotada pelo STF e pela presente tese, se limita apenas a impossibilitar a proibição da dispensa coletiva, mas não obsta que o Estado imponha limites à dispensa que respeitem o núcleo essencial desse direito de liberdade a ser exercido em conformidade com os demais direitos tutelados pelo ordenamento jurídico.

Júlio Amaral (2007), Mendes (2000), e outros autores contemporâneos, entendem que mesmo antes das atuais primeiras décadas do séc. XXI, muitos autores (inclusive no exterior, à exemplo de Walter Krebs) já sustentavam que a visão dos direitos fundamentais como direitos de defesa revelava-se insuficiente diante das pretensões de efetividade constitucional dos neoconstitucionalismos.

Essa interpretação permanece atual, pois como a doutrina adverte, não se trata de simples liberdade perante o Estado, mas de liberdade mediante atuação do Estado (que não pode ser obstaculizada pela desigualdade fática entre os indivíduos). Cabe ao Estado, portanto, atuar no âmbito das dispensas coletivas para evitar que sejam causados danos a ambas as partes, em especial, pelas circunstâncias, à coletividade.

Amaral (2007) concorda com as lições de Canotilho no sentido de que a intervenção dos poderes públicos é essencial à garantia da liberdade e de que existem prestações estritamente necessárias à realização da liberdade, revelando, nesse aspecto, o quanto a teoria

liberal, isolada e sem uma análise crítica, se torna uma “cegueira”. Há que se atentar para os pressupostos sociais e econômicos da realização da liberdade (uma contribuição da teoria socialista dos direitos fundamentais).

[...] segundo a teoria liberal, os direitos fundamentais são preexistentes ao estado, sendo apenas reconhecidos por este. De igual sorte, ressalta-se que têm natureza de direitos puramente individuais e inerentes ao indivíduo, mostrando-se como direitos de autonomia e direitos de defesa, flagrantemente limitadores da ação do Estado no âmbito da liberdade individual e social das pessoas (Amaral, 2007, p. 35-36).

Há que se destacar que existem barreiras econômicas ao exercício da liberdade, que precisam ser mitigadas pela atuação do Estado. Essa atuação, seja pela via administrativa, ou pela legislativa, mediante regulamentação da dispensa em massa, favorece à efetivação dos valores tutelados pelos direitos fundamentais em diversos recantos do tecido social.

Ademais, diante da inércia legislativa, tal incumbência pode ficar a cargo do poder judiciário no regular cumprimento das normas e diretrizes constitucionais. Nessa teleologia, a Teoria Axiológica ou da ordem dos valores, deu início à superação da teoria liberal, expondo suas fragilidades e constituindo lastro teórico para o início de uma teoria acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

[...] A teoria axiológica ou teoria da ordem dos valores possui a sua origem na teoria da integração de Rudolf Smend, sendo que esta concebe os direitos fundamentais como sendo representantes de um sistema de valores concretos, de um sistema cultural que resume o sentido da vida estatal contida na Constituição, mostrando-se este o pilar em que deve se apoiar toda interpretação dos direitos fundamentais (Amaral, 2007, p. 36).

A teoria axiológica pressupõe a força normativa da constituição, ou seja, que a constituição é um documento jurídico, e não apenas político. Se apoia em pressupostos do chamado Neoconstitucionalismo, que vicejou após a segunda guerra mundial, gerando relativo consenso acerca do caráter da constituição de fonte cogente do direito, como bem elucida Daniel Sarmiento.

[...] A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador. Sob esta perspectiva, a concepção de Constituição na Europa aproximou-se daquela existente nos Estados Unidos, onde, desde os primórdios do constitucionalismo, entendeu-se que a Constituição é autêntica norma jurídica, que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação de leis (Sarmiento, 2009, p. 35).

Verificou-se que a teoria axiológica, não obstante suas colaborações e fragilidades, inicia a superação da perspectiva liberal acerca dos direitos fundamentais conferindo maior centralidade ao valor cultural inerente a eles e, conseqüentemente, aos valores da comunidade

em questão. Tal perspectiva serviu de base para a propositura de modelos interpretativos que favorecem à efetivação dos direitos fundamentais, como se nota da seguinte passagem:

[...] a teoria da ordem dos valores teve o mérito de evidenciar as fragilidades contidas na concepção liberal, trazendo os valores e culturas como critérios orientadores à interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, mostrando-se como um verdadeiro sistema de valores provenientes da própria comunidade. Por outro lado, a referida teoria mostra-se arriscada, tendo em vista que traz incerteza e insegurança jurídica e face da inviabilidade de aplicação dos métodos tradicionais de interpretação das normas jurídicas (Amaral, 2007, p. 37).

Essa teoria tem importância ímpar para a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, servindo de fundamento para a Dürig elaborar a teoria que hodiernamente prevalecente na Alemanha, admitindo a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Destaca-se que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais foi um pressuposto adotado na decisão do STF no âmbito do Tema 638 de Repercussão Geral, pelo que não se pode passar ao largo dele ao abordar os limites da dispensa coletiva.

Na mesma toada dos pressupostos adotados pela suprema corte, a teoria Institucional, assim como a axiológica, nega que exista exclusivamente uma dimensão subjetiva dos direitos fundamentais (deixam de ser meros direitos subjetivos públicos sob a perspectiva institucional), essa teoria também observa os direitos fundamentais como conjuntos que formam instituições.

A teoria axiológica afirma que os direitos fundamentais se relacionam com outros bens e valores constitucionais – fundamentalidade formal e material (Sarlet, 2012) –, transcendendo a mera noção de que somente se pode falar em direitos a partir de uma formulação estrutural triádica (Alexy, 2017) em que se pode apontar o titular do direito, a “obrigação” imposta (a depender do comando deôntico utilizado pelo legislador [permitido, proibido, obrigatório, facultado]) e o destinatário dessa “obrigação”, ou seja, aquele que se sujeita ao comando deôntico inerente à norma.

Esse contributo teórico jurídico possui consequências normativas significativas do ponto de vista da técnica e da lógica jurídicas, pois a partir da análise de textos normativos do sistema de direitos fundamentais gera-se a possibilidade de restrições e ampliações de direitos e deveres fundamentais (um como contraface do outro, ou seja, um outro lado da moeda).

Obre a teoria axiológica:

Segundo essa teoria, os direitos fundamentais já não são considerados direitos preexistentes e essencialmente de defesa do cidadão perante o Estado, mas seriam originários de um reconhecimento normativo, possuindo uma concepção objetiva, e,

ainda, garantidos por normas jurídicas responsáveis por lhes atribuir sentido, conteúdo e função. As condições de exercício e proteção se dão de forma institucional, mas, por outro lado, com isso, também haveria uma limitação da liberdade individual (Amaral, 2007, p. 35-36).

Além da vantagem de superar, em alguma medida, o paradigma jusnaturalista dos direitos fundamentais pautado em sua origem divina ou moral e anterior ao estado e à ordem jurídica, essa leitura mais complexa dos direitos fundamentais, que caminha para o estabelecimento de uma tabua de valores (decorrentes de um consenso historicamente construído) inerente à teoria axiológica gera o chamado efeito irradiante, descrito por Fábio Gomes como um feixe de novas funções (valores objetivos da comunidade) aptos a se espalhar por todo o ordenamento, complementando ou reforçando direitos subjetivos de modo a vincular juridicamente todas as funções Estatais (Gomes, 2008, p.100).

Quanto à concepção institucional, ela apresenta a vantagem de chamar a atenção para a importância da positivação dos direitos fundamentais, um contributo para a demonstração de que conjugar as perspectivas das diversas teorias abordadas permite construir uma base sólida acerca da compreensão do fenômeno dos Direitos Fundamentais, que é pressuposto essencial para a compreensão da decisão do STF (Tema 638) acerca da necessidade de intervenção sindical na realização de dispensas coletivas.

Na decisão do supremo, porém, não foi abordada a compreensão de que os direitos fundamentais possuem um duplo caráter – individual e institucional – que explica o fato de os direitos fundamentais, deverem ser limitados na dimensão individual para se reforçarem na dimensão institucional. Essa perspectiva encontrada nas lições de Amaral, remetem à reflexão sobre dimensões individual (que é um direito fundamental) ou coletiva da Dignidade Humana, discutida por Ingo Sarlet (2012) e sobre uma perspectiva de interpretação da ordem jurídica como uma ordem que preza pela primazia de direitos e interesses individuais em detrimento dos coletivos (organicismo), em razão da impossibilidade de sacrificar o indivíduo em prol de interesses coletivos, como muito bem explicado por Daniel Sarmiento (2016).

Desse modo, é a dignidade da pessoa humana<sup>2</sup> (Princípio de Direito Fundamental de natureza individual) que (considerando o adequado juízo de ponderação) prevalece quando entra em colisão com o atributo de dignidade inerente à coletividade humana, segundo se

---

<sup>2</sup> “Princípio supremo, significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo” (Brasil, 2005).

extrai das lições de Sarlet (2012) e se pode conceber a partir das lições de Humberto Ávila (2007). Tal conclusão leva à preservação dos bens jurídicos violados pelo exercício abusivo da dispensa coletiva, pois os trabalhadores, ainda que atingidos por ato de dimensão coletiva, não podem servir de instrumento da preservação de interesses econômicos empresariais.

As matizes teóricas que tratam das teorias dos direitos fundamentais contribuem também com lições no sentido de que não há colisão entre uma norma-princípio e esse atributo de natureza coletiva (que pode ser interpretado, inclusive, como um postulado), por se encontrarem em dimensões diferentes, de modo que o atributo coletivo não seria uma norma, não possuindo imperatividade ou cogência.

De um modo ou de outro, nosso posicionamento é o mesmo de Sarlet, no sentido de que prevalecerá a acepção individual consubstanciada no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois o interesse ou bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido não limita os direitos fundamentais em sua dimensão individual por não ter prevalência lógica sobre estes, diz-se isto porque a tutela do princípio garante a concretização do atributo, porém a tutela do postulado ligado à dimensão coletiva não gera o mesmo resultado.

Ainda no que tange à clarificação do sentido da dignidade da pessoa humana, importa considerar que apenas a dignidade de determinada (ou de determinadas) pessoa é passível de ser desrespeitada, inexistindo atentados contra a dignidade da pessoa humana em abstrato. Vinculada a esta ideia, que já transparecia no pensamento kantiano, encontra-se a concepção de que a dignidade constitui atributo da pessoa humana individualmente considerada, e não de um ser ideal ou abstrato, não sendo lícito confundir as noções de dignidade da pessoa humana e dignidade humana (da humanidade). Verifica-se, neste contexto, que o Constituinte de 87/88 acolheu esta distinção, consagrando o princípio da dignidade da pessoa humana (e não da dignidade humana) entre os princípios fundamentais de nossa Carta (Sarlet, 2012 p. 102).

Amaral (2007) critica algumas obscuridades na teoria social, ao tratar das características que estão relacionando-a à superação do modelo de Estado Liberal pelo modelo de Estado Social. A quebra do paradigma liberal retira o foco político-jurídico da liberdade (da autonomia da vontade e do individualismo característicos desse modelo de estado) no âmbito dos direitos fundamentais, e redireciona esse foco para a igualdade, que restava enfraquecida na quase totalidade das relações sociais travadas durante o liberalismo.

A desigualdade de poder econômico/social/político instalada no seio da sociedade repercute negativamente nas relações jurídicas, gerando injustiças como consequência do exercício de poderes privados (como o social, o econômico, o técnico, etc.), o que passou a comprometer o exercício da liberdade juridicamente garantida a todo cidadão, incluídos aqueles que se encontravam em situação de vulnerabilidade e também os que se encontram

atomizados (quando inorganizados) em suas relações com sujeitos cujos atos possuem repercussão coletiva. É exatamente o caso dos trabalhadores diante da dispensa coletiva realizada pela empresa. Por isso demanda-se a intervenção sindical. Vejamos a base teórica abstrata:

A teoria social tem como ponto de partida a tripla dimensão atinente aos direitos fundamentais: a dimensão individual (pessoal), a dimensão institucional e a dimensão processual. Tal como ocorria na teoria liberal, embora goze de uma concepção subjetiva, a liberdade adquire certa dimensão social. Agora, já não está em causa a questão relativa ao uso razoável de um direito fundamental, mas a impossibilidade de o particular poder usufruir as situações de vantagem abstratamente reconhecidas pelo ordenamento (Amaral, 2007, p. 39).

A noção de que existem direitos fundamentais tradicionalmente liberais, que à época do auge do liberalismo econômico realizava-se mediante abstenção do Estado (o que resta rechaçado diante da aferição de que os mecanismos assecuratórios desses direitos de primeira dimensão, como a segurança pública e o sistema eleitoral correspondem a alguns dos gastos mais vultosos do orçamento público do Estado democrático na modernidade/pós-modernidade, nesse sentido as lições de Stephen Holmes e Cass Sunstein (2000) em *The cost of Rights* passou a ser considerada insuficiente.

Para garantir a efetivação desses direitos e da liberdade a eles relacionada, a abstenção se tornou insuficiente, demandando-se do estado uma atuação intervencionista (com prestações positivas) imprescindível na efetivação desses direitos que passa a ser vista como finalidade do Estado na perspectiva da teoria social dos direitos fundamentais (Amaral, 2007, p. 39). Vejamos as lições de Sarlet:

Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma situação existente), os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais (Sarlet, 2012, p. 283).

Portanto, a realização de dispensas coletivas, à luz do sistema de direitos fundamentais, não pode ser vista “como um *laissez-faire*”. É necessário que o Estado tutele os interesses protegidos constitucionalmente, prezando pelo equilíbrio das relações sociais e jurídicas. Não se deve permitir que o equilíbrio das relações seja vulnerado pela conduta extremada das partes à revelia dos valores constitucionalmente assegurados.

Sem que se trate de uma tirania dos valores, mas de burilamentos da autonomia privada e, portanto, do agir em conformidade com a lei, a contribuição da Teoria Democrática prestou-se a relativizar a ideia de que os direitos fundamentais são meros limites à conduta

estatal. Essa teoria concebe os direitos fundamentais como instrumento assecuratório do fortalecimento do estado constitucional, ou seja, eles exercem uma função pública e política.

Desse modo, os direitos fundamentais não podem ser livremente exercidos pelos cidadãos conforme seus interesses privados meramente individualistas, possuem um caráter funcional perante a comunidade de modo a realizarem algum interesse público. Assim, a própria efetivação do direito fundamental à liberdade e seus corolários passa por uma releitura. E a dispensa coletiva não pode ficar à revelia dessa diretriz evolutiva do sistema jurídico.

A teoria democrático-funcional, por sua vez, ressalta a função pública e política dos direitos, de tal maneira que existe uma preferência para aqueles direitos que possuem referências democráticas, tais como a liberdade de expressão, liberdade de imprensa, entre outros. Segundo essa concepção, os direitos fundamentais são tidos como fatores constitutivos de um livre processo de produção democrática do Estado. Há de se ressaltar que essa teoria acentua o momento teleológico-funcional dos direitos fundamentais no âmbito do processo político-democrático. Parte-se da ideia do *cidadão ativo* com direitos fundamentais postos ao serviço do princípio democrático (Amaral, 2007, p. 40).

A teoria democrática, direcionou a teoria dos direitos fundamentais para a percepção da existência de deveres fundamentais no âmbito das relações públicas e privadas. Embora esse não seja um aspecto inafastável em uma teoria dos direitos fundamentais, é de especial importância para uma análise séria dos limites da dispensa coletiva.

Também, diante do aspecto objetivo dos direitos fundamentais, faz-se relevante para fins de compreensão dos limites decorrentes do contexto em que se insere a dispensa coletiva no sistema jurídico, voltar a atenção para a função social da propriedade e para o direcionamento das condutas exigidas dos indivíduos em cumprimento dos valores e subprincípios da boa-fé objetiva. Essa temática não se limita à discussão acerca do respeito por particulares diante de direitos fundamentais titularizados por outros particulares em relações jurídicas privadas.

Diz-se isso porque, das lições de Amaral (2007) extrai-se que os objetivos e funções do Estado Constitucional no contexto de uma democracia deliberativa conformam os direitos fundamentais e norteiam sua interpretação, pois fazem parte do contexto que lhe cerca. Ou ainda, faz parte do ambiente do sistema jurídico. Eles possuem um caráter cívico, dada sua condição de elementos constitutivos da democracia estatal. Nessa perspectiva pode-se compreender que existem obrigações e deveres fundamentais, de modo que os cidadãos têm a partir deles, também o dever de fomentar o interesse público (Amaral, 2007, p. 40-41).

Há ainda a teoria socialista/marxista dos direitos fundamentais que também traz contribuições relevantes para uma compreensão holística dos direitos fundamentais. Uma delas é destacar a necessidade de condições materiais, econômicas e sociais mínimas para o exercício dos direitos fundamentais. Outra é ressaltar o caráter meramente simbólico dos direitos fundamentais e a noção equivocada de igualdade do liberalismo proprietarista. Todas essas críticas feitas à luz dos direitos fundamentais, abalam fortemente os argumentos a favor da prática de dispensas coletivas à margem de qualquer limite ou regulamentação jurídica.

A teoria marxista dos direitos fundamentais se destaca por apregoar o protagonismo do direito de participação, teoricamente apto a garantir condições sociais favoráveis à plena efetivação dos direitos fundamentais (Amaral, 2007, p. 42). Nessa linha, na ocorrência de dispensas coletivas, a incidência dos direitos fundamentais tem também como consequência a participação dos sindicatos, que inclusive está prevista no Art. 8º, III da CF/88 expressamente, sendo aplicável ao caso, conforme precedente firmado no âmbito do Tema 638 de Repercussão Geral.

A pretensão da teoria marxista dos direitos fundamentais é ser capaz de criar as condições necessárias ao livre desenvolvimento dos direitos, porém, para tanto, aduz ser necessária a apropriação coletiva dos meios de produção e gestão coletiva da economia (Amaral, 2007, p. 42). Ocorre que, nesse ponto, a referida teoria extrapola as diretrizes constitucionais e conflita com valores centrais da ordem jurídico-constitucional brasileira.

Em contraponto, as críticas a essa teoria afirmam que ela reduziria os direitos fundamentais a meras condições materiais, econômicas e sociais mínimas desprezando as garantias jurídicas. Outro ponto criticável é o que se refere à necessidade de apropriação coletiva dos meios de produção, o que não é essencial para o alcance dos objetivos almejados pela referida teoria (como demonstra a sociedade de mercado regulamentada nos moldes do *welfare-state*), se tornando elemento que não atende o requisito “alexiano” da necessidade na restrição a um direito fundamental (no caso, o direito de propriedade privada).

Amaral (2007) destaca o quanto a teoria socialista enfatiza o caráter meramente simbólico do reconhecimento dos direitos fundamentais no âmbito da teoria liberal, pois ela não prevê meios efetivos de assegurar aos indivíduos as condições materiais necessárias à plena efetivação dos direitos fundamentais positivados. A abordagem abrangente das teorias fundamentadoras dos direitos fundamentais, permite uma melhor compreensão do sistema de direitos fundamentais sociais, que é imprescindível na pavimentação do caminho por aqui adotado, vejamos:

Não é possível se falar, pois, numa teoria dos direitos fundamentais, tendo em vista que não se mostram como sendo um fim em si mesmas, mas existe uma multiplicidade de teorias, o que atribui aos direitos fundamentais uma ‘multifuncionalidade’, para acentuar todas e cada uma das funções que as teorias dos direitos fundamentais captavam unilateralmente (Amaral, 2007, p. 42-43).

A partir da “multifuncionalidade dos direitos fundamentais”<sup>3</sup> decorrente das diversas teorias que o fundamentam, nota-se que a academia formulou na pesquisa jurídica uma série de mecanismos aptos a fornecer diretrizes para o adequado tratamento da dispensa coletiva, a despeito da ausência de regulamentação legislativa no Brasil. O que não se pode é manter uma visão claudicante e paroquialista dos direitos fundamentais diante das demandas oriundas da complexidade inerente à sociedade de massas contemporânea.

Uma anquilosada concepção jurídica, tímida e contida, frequentemente relacionada à escola da Exegese, não condiz com a eminência dos direitos fundamentais no contexto dos ordenamentos jurídicos constitucionais pós-segunda guerra mundial, marcado pela constitucionalização do direito civil e dos demais ramos do direito, à exemplo do Direito do Trabalho. A dispensa coletiva demanda uma compreensão da ordem jurídica e dos direitos fundamentais que seja condizente com a complexidade da sociedade contemporânea.

## 2.1 FUNDAMENTOS DA EFICÁCIA HORIZONTAL

Considerar que os direitos fundamentais são oponíveis erga omnes, se tornando instrumento de defesa dos bens jurídicos constitucionalmente tutelados (considerando a cláusula de abertura material da constituição) em face de qualquer lesão ou ameaça de lesão independentemente da natureza jurídica da relação em que os sujeitos de direito estão inseridos ao titularizarem ou pretenderem exercer seus direitos fundamentais, permite inferir que eles são passíveis de aplicação nas relações jurídicas privadas, seja de natureza individual ou coletiva. Logo, as dispensas coletivas, devem ser realizadas à luz dos direitos fundamentais, que possuem caráter eminentemente principiológico.

Robusta pesquisa de Ipojucan Vecchi (2009), correlacionando as lições de Canotilho, Sarmento, Sarlet e Ubillos, salienta que a declaração dos direitos do homem de 1789 não

---

<sup>3</sup> Destaca-se que a partir das lições de Sombra (2011) e Amaral (2007) se estrai a compreensão de que a velha tradição liberal de perceber os direitos fundamentais apenas em sua acepção de direitos subjetivos públicos oponíveis em face do Estado, a partir de uma dicotomia entre direito público e direito privado resta anquilosada, pois remonta aos tempos áureos do purismo civilista inerente à pretensão de completude dos códigos e às tentativas de afastamento da interpretação, por exemplo do Code Civil napoleônico de 1804.

afirma que os direitos fundamentais seriam aplicáveis apenas em face do Estado, atribuindo essa radical separação entre sociedade e Estado a uma imposição da visão liberal individualista, que desprezou a origem contratualista das teorias sobre direitos humanos, apta a permitir sua eficácia no âmbito das relações privadas (chamada de eficácia horizontal), sendo, portanto, direitos de todos, sem que se excluam os particulares de sua vinculação, pois não se justificaria uma dupla ética na sociedade (Vecchi, 2009, p.164).

Destaca-se a natureza contratual das relações empregatícias, que são afetadas pela dispensa coletiva e, que merecem, diante dessa histórica compatibilidade, a incidência e a eficácia dos direitos fundamentais titularizados pelo cidadão. É com base nessas lições, Vecchi afirma que os direitos fundamentais já surgiram (em tese/tecnicamente) aptos a serem oponíveis com relação a todos os sujeitos que possam violá-los, não somente vinculando o Estado.

O entendimento em sentido contrário não passaria de uma visão comprometida pela sua insuficiência e considerada atualmente retrograda e ultrapassada. Esta visão vinculada ao modelo liberal de Estado se encontra superada, não sendo a interpretação adequada num contexto de Estado democrático de direito garantidor dos direitos fundamentais, que busca de fato efetivar as “promessas” consagradas na constituição.

O apego exclusivista à concepção liberal dos direitos fundamentais constituiria um pré-conceito inautêntico, posto que a visão liberal se encontra ultrapassada diante das demandas do mundo contemporâneo (de relações de massa e de dispensas em massa) e não pode ser defendida como neutra, assim como nenhuma outra.

O Estado liberal teve como efeito colateral o enfraquecimento da igualdade material no plano das relações reais no seio da sociedade. Num momento histórico em que propalava-se o valor da igualdade de todos perante a lei, a ideologia e o modo de produção burgueses foi o que prevaleceu na prática (Ideologia, compreendida no sentido clássico, segundo Filas (1998, p.39), como interesse que impede a visão.

A burguesia se tornou a classe social triunfante, entretanto, não conseguiu cumprir o que prometeu, pois o exercício da liberdade individual não era adequadamente contida ou limitada pela liberdade de outros indivíduos, de modo que uma delas restaria gravemente ofendida em relações privadas consideradas lícitas. O que se impunha era a liberdade do mais forte em detrimento da liberdade da parte mais fraca da relação.

Logo, na prática, diante do poder (econômico, social, político etc.) era como se não houvesse igualdade. “Assim as relações entre os particulares sofreram com a prevalência do poderio econômico, pois muitas vezes sequer era permitido a um dos lados escolher o outro contratante e os termos do negócio” (Sombra, 2011, p. 9) – é o que ocorre, por vezes, no mercado de consumo atual, em meio a grandes monopólios que se valem de contratos de adesão.

Vecchi (2009) também discorda do posicionamento de que existem direitos fundamentais direcionados exclusivamente ao Estado e outros de natural aplicação frente aos particulares. É necessário que o estudioso fique atento aos pressupostos teóricos que adota, pois premissa equivocada de que determinados pressupostos contingentes e transitórios seriam invariáveis pode acarretar conclusões gravemente equivocadas no âmbito dos direitos fundamentais.

Por isso sugere-se redobrada cautela no que toca essa classificação que considera invariável um determinado contexto social, posto que até a existência do Estado é fenômeno recente na história da civilização. Ademais, a sociedade de massas, globalizada e permeada pelo “capitalismo leve”<sup>4</sup> descrito por Bauman (2001) em “Modernidade Líquida” deve ser levada em consideração nessa expansão da eficácia e da efetividade dos direitos fundamentais, mormente em face de dispensas coletivas.

Nota-se que a classificação criticada por Vecchi resta presa ao antigo paradigma liberal ao tomar como estáveis pressupostos que na verdade são mutáveis. Essa é a crítica que fazemos à afirmação de que existem direitos fundamentais que por sua natureza somente são oponíveis em face do Estado. Não há óbice jurídico para que a generalidade dos direitos fundamentais seja oposta em face de particulares, os aludidos empecilhos meramente fáticos somem conforme se modificam as circunstâncias fáticas, desse modo o exercício de determinado poder pelo Estado, seja ele qual for, é meramente circunstancial.

O exemplo dos Tribunais de exceção, trazido pela doutrina, já demonstra a fragilidade da classificação, uma vez que o modo de aplicação, limites extensão e destinatários do aludido direito fundamental depende da variável “modo de exercício da jurisdição”. Enquanto a jurisdição for monopólio estatal serão geradas apenas hipóteses de incidência desse direito fundamental em face do Estado. Mas quando as violações a bens jurídicos protegidos surgem

---

<sup>4</sup> Em que as empresas multinacionais não possuem mais grandes fábricas que dificultam seu deslocamento ao redor do globo. Podendo migrar de um país para outro com muito mais facilidade que no século XX.

de relações privadas, como é o caso da dispensa coletiva, é o Estado que deverá zelar pela preservação do equilíbrio social.

Se com a mudança de paradigma decorrente da quebra do monopólio estatal no exercício da jurisdição (cortes arbitrais), novos fatos sociais podem apresentar perigo para o bem jurídico tutelado no bojo de relações jurídicas de natureza privada. Diante da dinamicidade com que o sistema capitalista conta a partir das condições econômicas e tecnológicas do mundo globalizado contemporâneo, a intensidade da incidência dos direitos fundamentais no âmbito das dispensas coletivas urge ser acentuada.

Sendo um particular aquele que se encontre na condição de sujeito potencialmente ofensor de direito fundamental, resta quebrado o paradigma circunstancial e transitório de vinculação exclusiva da incidência de proteção jurídica em face do Estado. Portanto, se torna plenamente aplicável o plexo de direitos fundamentais em face dos particulares. Sejam aqueles que agora exercem jurisdição, sejam aqueles que agora praticam facilmente atos de natureza coletiva com potencial lesivo de direitos fundamentais de coletividades de trabalhadores e suas comunidades.

Apenas para exemplificar com maior rigor na apresentação dos fundamentos expostos, incumbe citar Didier para elucidar que o exercício da jurisdição pode ser feito por particular, que minoritariamente ou não, respalda-se na atual lei de arbitragem e no CPC/15 (Brasil, 2015). Se um particular está a exercer jurisdição no caso concreto, uma vez envolvido na hipótese de incidência, não será imune à ordem jurídica constitucional e aos deveres fundamentais que a compõem enquanto uma das modalidades de manifestação dos direitos fundamentais.

É por conta desta circunstância que se pode afirmar que a arbitragem no Brasil, não é equivalente jurisdicional: **é propriamente jurisdição, exercida por particulares**, com autorização do Estado e como consequência do exercício do direito fundamental de autorregramento (autonomia privada) (Didier Jr., 2015, p. 172, grifo nosso).

A superação do modelo de Estado liberal, se torna inevitável diante do aumento da complexidade das relações sociais. Tal complexidade se intensifica a cada dia e ganha contornos mais dramáticos diante do aumento da velocidade das comunicações, da pactuação de relações jurídicas múltiplas, aumento da rotatividade da mão de obra e da velocidade e menor periodicidade das alterações no modo de produção.

Esse contexto acaba fragilizando cada vez mais a coletividade que sobrevive de sua força de trabalho, que pode ser vulnerada por atos de natureza coletiva, como a dispensa

coletiva, demandando atuação do sindicato para a tutela dos seus interesses e direitos fundamentais, pois as ingerências, antes cometidas pelo Estado enquanto instância centralizadora do poder, passaram a ser cometidas cada vez mais por particulares sem grandes dificuldades.

Após a segunda guerra mundial, num contexto de reação aos fenômenos sociais da época em decorrência da guerra, ocorreu uma tendência de socialização do direito. Essa tendência teve o foco de sua influência no instituto do contrato. Descrevendo a nova roupagem que lhe foi dada, reformulando a autonomia privada, relevantes as nas palavras de Sombra (2011, p.17), no sentido de que tal mudança foi “atenta para os preceitos de justiça, equidade, função social, equilíbrio obrigacional, segurança jurídica e boa-fé objetiva, acarretou significativa ampliação do emprego do contrato”.

Mas na atualidade, o aumento da complexidade e da amplitude das relações jurídicas na sociedade de massas demandam instrumentos de tutela de direitos coletivos, chamados, inclusive, de novos direitos. Ademais, o contrato de emprego vem sofrendo restrição de direitos em face dos interesses econômicos que, a partir da ideologia neoliberal, se colocam como paliativo diante das crises econômicas que acometem a sociedade e o sistema capitalistas.

Destaca-se que a tutela das dispensas coletivas se insere nesse contexto, demandando um olhar atento do legislador e da comunidade jurídica. Ocorre que os interesses econômicos que pautaram a reforma trabalhista não convergem com essa proteção. Busca, porém fomentar a desproteção do trabalhador e da sociedade em prol dos interesses econômicos. Mas pensando dogmaticamente, pode-se afirmar que o legislador reformista não tem autorização constitucional para tornar o sistema justralhista menos protetivo que o sistema juscivilista, e isso se justifica historicamente.

**O Estado Social**, enquanto resultado da reestruturação histórico-dialética do Estado Liberal, **destaca-se**, pois, **pela** atuação nas duas vertentes de maior descaso por parte deste último: a concretização do princípio da igualdade material e a **extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações entre particulares** (Sombra, 2011, p. 24, grifo nosso).

É ultrapassada e vetusta a divisão entre direito público e direito privado (cujá maior utilidade certamente está na finalidade didática). Adotando a premissa dos neoconstitucionalismos e da constitucionalização do direito, pode-se argumentar ser inaceitável a prevalência, mesmo no senso comum jurídico, desta separação estanque para negar a efetivação de direitos, diante dos princípios e valores constitucionalmente

assegurados, e isso se reflete na decisão do STF no tela 638 de repercussão geral que trata da dispensa coletiva.

É consenso (ainda que não seja unânime), que estes princípios que formam o sistema de direitos fundamentais se espriam por todos os recantos da tessitura normativa da ordem jurídica. Sombra destaca que a máxima efetividade da constituição e a unidade do ordenamento jurídico estão correlacionadas à fundamentalidade (material) e à supremacia da constituição, estreitando a antes impensável interação entre público e privado, tornando dinâmica e permeável a linha divisória entre os campos público e privado do direito, produzindo imbricamento e interdependência entre público e privado.

Com a intervenção do Estado no domínio privado – sobretudo pelo dirigismo contratual e a constitucionalização dos princípios norteadores do contrato, esse processo dinâmico de interdependência resta ainda mais nítido, pois um instituto, em geral, de conotação privada, recebe o mister constitucional de realização dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade (Sombra, 2011, p. 28).

Esclarecida a missão constitucional do instituto do “Contrato” na ordem constitucional após o “boom do constitucionalismo (neoconstitucionalismos), mister enfatizar a prevalência do entendimento na doutrina justrabalhista, de que a relação de emprego (e as demais relações de trabalho no âmbito privado) possui(em) natureza jurídica contratual (não obstante as contribuições das demais teorias, mormente a institucionalista, que será objeto de reflexão sob o ponto de vista sistêmico de Rodolfo Filas). Mas a dispensa coletiva, segundo o STF, possui natureza jurídica de ato coletivo. Sujeito à incidência do direito coletivo do trabalho e, conseqüentemente, afastando o princípio trabalhista tuitivo. O que não implica na realização de dispensas coletivas à margem da Constituição e dos direitos fundamentais.

A eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações jurídicas privadas, comumente designada sob o termo “eficácia horizontal” reflete uma tendência metodológica e a preocupação em construir uma ordem jurídica sensível aos problemas e desafios da sociedade (Sombra, 2011, p. 28). Portanto, a sociedade e seus indivíduos contam com essa proteção garantida constitucionalmente, inclusive nas dispensas massivas.

Não se pode perder de vista que efetivar os direitos fundamentais nas relações de direito privado é uma excelente forma de aproximação entre o direito público e o direito privado para manter uma relação de harmonia e interdependência (Sombra, 2011 p. 30). Essa simbiose entre direito público e direito privado, bem como entre normas e princípios constitucionais e normas e princípios infraconstitucionais, também é consenso no âmbito da interpretação jurídica a partir de institutos como a interpretação conforme a constituição.

Além disso, métodos de interpretação, como a interpretação sistemática também implicam imbricamento entre normas de direito público e normas de direito privado. Essa dinâmica de interação entre as normas na ordem jurídica possui influência dos neoconstitucionalismos e repercute em diversos julgamentos de casos relativos a direitos privados pela cômte suprema, como é o caso da dispensa coletiva.

Não seria admissível, portanto, que em um Estado Social e democrático de direito continuasse a vigorar uma vinculação unidirecional, em que um comportamento, com implicações morais relevantes, é exigido do Estado nas suas relações com os indivíduos, mas é deixado ao arbítrio dos indivíduos quando em contato mutuo. (Sombra, 2011, p. 38).

A unidade do ordenamento jurídico é adotada considerando a premissa de que na ordem jurídica a constituição se posiciona como elemento central de unidade desse ordenamento, de modo que a autonomia do direito privado não deve implicar seu inteiro desvencilhamento ou indiferença quanto às normas constitucionais (autonomia não é independência (Cf. Pinto, 2003), ou seja, o referencial bibliográfico de sua pesquisa o levou a concluir que tal situação não gera uma absoluta independência<sup>5</sup> do direito privado em face da constituição.

Do mesmo modo, a dispensa coletiva não pode ficar à margem das normas constitucionais, dos princípios gerais do direito e da lógica dos atos praticados por sujeitos de direito coletivo do trabalho com reflexos diretos e indiretos sobre as coletividades. Assim entendeu o STF no julgamento do tema 638 de Repercussão Geral, em convergência com a doutrina e a jurisprudência modernas.

Não havendo grandes divergências quanto à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, é preciso aprofundar na análise do modo de incidência dos direitos fundamentais mais adequado ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como suas consequências nas relações cíveis e na dispensa coletiva, situada pela jurisprudência na esfera do direito coletivo do trabalho.

A doutrina retrata o efeito irradiante dos direitos fundamentais como sendo um corolário da dimensão axiológica dos direitos fundamentais, pois enquanto valores objetivos da comunidade, eles se tornam, segundo Fábio Gomes (2008, p. 100), aptos a: i) se espraiar

---

<sup>5</sup> Esse mesmo raciocínio é feito por Rodrigues Pinto e por Orlando Gomes e Elson Gottshalk acerca da autonomia do Direito do Trabalho com relação ao Direito Civil.

pelo ordenamento; ii) reforçar a imperatividade dos direitos subjetivos, e; iii) vincular todas as funções estatais.

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas recebe muitos nomes na doutrina, todos eles sujeitos a críticas como eficácia perante terceiros, eficácia horizontal, eficácia *inter privatos* ou eficácia externa. Não obstante a variação das preferências e das críticas terminológicas, mister descrever exatamente em que consiste esse fenômeno, nos termos da doutrina e com atenção aos aspectos históricos e práticos da temática. O surgimento desse debate e das respectivas teorias pode ser localizado geograficamente como tendo ocorrido na Alemanha, onde foram julgados casos paradigmáticos após segunda guerra mundial.

À época se digladiavam duas correntes fortes sobre o modelo de eficácia horizontal mais adequado. Teve grande relevância para o desenvolvimento da regulamentação jurídica dos direitos fundamentais a consagração da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que preceitua a compreensão dos direitos fundamentais enquanto uma ordem objetiva de valores regente da ordenam jurídica e da sociedade. Essa dimensão objetiva deu centralidade à carga axiológica mais forte inerente aos direitos fundamentais, e que seria capaz de gerar a chamada eficácia irradiante.

A eficácia irradiante, nos moldes dos três efeitos descritos supra com base nas lições de Gomes (2008), acarreta uma expansão dos direitos fundamentais, que reflete em todas as normas do ordenamento jurídico, mesmo nas que possam ser consideradas mais recônditas, incluindo-se nesse âmbito, evidentemente, o Direito Coletivo do Trabalho e as dispensas coletivas.

Esse paradigma interpretativo, posteriormente, levará à chamada constitucionalização do direito, que embora criticada por parte da doutrina (mais conservadora), tem sido referida pela doutrina mais moderna como sendo resultado de um(a) aprimoramento/evolução/progresso na ciência jurídica.

As críticas advertem quanto à possibilidade de eliminação do direito privado, entretanto, o próprio tempo comprovou que tamanho receio se fazia exagerado, tratando-se, de um prejuízo inautêntico, nos moldes já descritos, que criou aversão injustificada à eficácia horizontal dos direitos fundamentais pelo que parece ser medo do novo ou apego às velhas instituições e que já ficou no passado, considerando a doutrina e a jurisprudência majoritárias.

A aceitação da existência de uma ordem objetiva de valores tem como consequência não apenas a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, mas também um esfacelamento da já sedimentada intransponibilidade entre o direito público e o direito privado. Essa divisão toma a forma de uma linha tênue, flexível, permeável e dinâmica (algo que remete, inclusive à noção de liquidez tão bem observada em nossos tempos por Zygmunt Bauman) permitindo uma constante interação entre os dois ramos do direito, de modo que mesmo a dispensa coletiva, precisa ser lida à luz dos direitos fundamentais e da ordem constitucional posta.

A queda da divisão estanque entre público e privado se tornou inexorável diante do contexto sociojurídico do pós-guerra, pois o acolhimento da teoria da eficácia mediata ou da eficácia imediata dos direitos acarretariam esse mesmo efeito (Sombra, 2011), que prevalece até a atualidade brasileira, quando encontramos uma pletera de decisões judiciais baseadas em direitos fundamentais (princípios constitucionais), inclusive para lidar com omissões ou regulamentações insuficientes do legislador infraconstitucional, como é o caso do tema da dispensa coletiva, equiparada à dispensas coletivas pela Lei 13.467/2017, à revelia das diretrizes axiológicas dos Direitos Fundamentais e dos Princípios Gerais do Direito.

A manutenção na atualidade da divisão entre direito público e direito privado também seria incoerente com os princípios e valores assegurados pela constituição brasileira de 1988, pois estando os direitos fundamentais presentes em todos os recantos do tecido normativo, não haveria como prevalecer a já referida dupla ética (Sombra, 2011).

A máxima efetividade da constituição e a unidade do ordenamento jurídico caminham pari-passo com a fundamentalidade e a supremacia da constituição, aproximando as lógicas imperantes no direito público e no direito privado. Esse é o fundamento para Sombra afirmar que a linha divisória entre esses dois campos se tornou dinâmica e permeável, tornando-os interdependentes. E diante dessa constatação, não pode a dispensa coletiva constituir um recando apartado da lógica que permeia todos os demais âmbitos da ordem jurídica.

A importância de lançar um olhar sobre a eficácia horizontal com foco no instituto do contrato ao tratar de dispensa coletiva decorre do posto central que o contrato ocupava na sociedade liberal burguesa capitalista, em cotejo com a natureza contratual da relação trabalhista empregatícia, diretamente afetada pelas dispensas coletivas.

O contrato é instrumento de circulação de riquezas ainda na contemporaneidade constituída pelas primeiras décadas do século XXI. E a efetivação de políticas sociais e econômicas comumente ocorre por meio de dirigismo contratual (destaca-se que a CLT é uma

espécie de dirigismo contratual), sendo apto(a) a cumprir o papel de efetivar as normas de direito civil/trabalhista em consonância com os direitos fundamentais (embora esse aspecto não tenha sido objeto de maior atenção no contexto liberal) e por via de consequência, efetivar os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados no dia a dia, ou seja, em todas as relações jurídicas presentes na sociedade.

Com a intervenção do Estado no domínio privado – sobretudo pelo dirigismo contratual e a constitucionalização dos princípios norteadores do contrato, esse processo dinâmico de interdependência resta ainda mais nítido, pois um instituto, em geral, de conotação privada, recebe o mister constitucional de realização dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade (Sombra, 2011, p. 28).

Embora na gênese da discussão acerca da eficácia horizontal os primeiros embates tenham sido travados entre as teorias da eficácia Mediata e a da eficácia Imediata dos direitos fundamentais, posteriormente surgiram outras teorias, inclusive algumas que negam a possibilidade da eficácia horizontal.

As teorias negativistas não prosperaram na maior parte das civilizações ocidentais e são fortemente criticadas pela doutrina especializada que foi consultada durante a construção e perscrutamento do referencial teórico consultado para a abordagem desse elemento propedêutico ao objeto desta pesquisa. Em suma, as teorias negativistas são consideradas retrogradadas e não têm sido acolhidas pela jurisprudência dominante, em especial, no ordenamento jurídico brasileiro, mormente pela jurisprudência do STF.

Em razão desse quadro surgiram basicamente três teorias sobre a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, quais sejam: A) teorias negativas, que rejeitam a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas; b) teoria da eficácia indireta e mediata; c) teoria da eficácia direta e imediata (Cunha Júnior, 2016, p. 546).

A repercussão do redimensionamento dos direitos fundamentais e da eficácia horizontal sobre a análise do tratamento jurídico da dispensa coletiva é um reflexo dessa tendência classificada por Sombra como sendo de natureza metodológica, desencadeada pela preocupação com a construção de uma ordem jurídica sensível aos desafios da sociedade contemporânea (Sombra, 2011, p. 28). Ele afirma que a efetivar os direitos fundamentais nos contratos de direito privado, é uma excelente forma de aproximar o direito público do direito privado, e tornar harmoniosa essa relação de interdependência (Sombra, 2011, p. 30).

Quanto à afirmação de que alguns direitos fundamentais seriam oponíveis exclusivamente em face do Estado, consideramos uma escolha equivocada de premissa por ser circunstancial, transitória e apegada a paradigmas tradicionais passíveis de variabilidade, e

esse caráter cambiante não recomenda sua adoção, se justificando ideologicamente pelo excessivo e acrítico apego à perspectiva liberal da sociedade e do Estado.

O poder social (em contraposição ao poder Estatal) é um fator que no plano sociológico influenciou a demanda sociojurídica por uma eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas e sendo este o fundamento primeiro da eficácia horizontal, a aplicação dos direitos fundamentais às dispensas coletivas se impõe.

O poder social elimina a pretensa horizontalidade das relações privadas. O resultado dessa dinâmica é que uma das partes da relação jurídica (v.g. contratual) se submete à vontade da outra. O que pode ocorrer em relações com grandes empresas, monopólios e outros entes privados que atuam no mercado, prestam serviços públicos, contratam trabalhadores ou realizam dispensas coletivas à revelia dos demais sujeitos de direito coletivo do trabalho.

Nessas relações jurídicas, a lei não deve negligenciar a proteção da parte cujos direitos estejam expostos à atuação do detentor do poder social. Didaticamente e sob o prisma histórico de análise, “os centros de poder, até então nas mãos do Estado e da burguesia, foram gradativamente pulverizados por toda a sociedade e o espírito democrático acentuou-se a medida que a distância entre Estado e a Sociedade diminuiu” (Sombra, 2011, 49).

Entretanto, é a simples existência do poder social para que torna necessária a eficácia horizontal, pois a possibilidade de lesão a um direito fundamental como consequência da conduta de um particular é o fator de potencial injustiça que atrai a necessidade de atenção para com a preservação e tutela de bens jurídicos que foram constitucionalmente assegurados, seja na elaboração de legislação infraconstitucional ou pela jurisprudência mediante efetivação da constituição, inclusive sob influência da doutrina. Se há possibilidade de lesão, deve haver tutela do bem jurídico a ser efetivada pelo Estado, haja ou não a horizontalidade entre as partes da relação<sup>6</sup>.

A transformação da linha divisória entre o público e o privado em uma linha dinâmica e permeável possibilita e potencializa a eficácia horizontal, assegurando proteção do titular do direito fundamental em face de qualquer pretensão agressor (Sombra, 2011, p. 51), que estará vinculado juridicamente, seja em sede de tutela acautelatória ou ressarcitória.

---

<sup>6</sup> Já nos referimos alhures que uma relação jurídica privada que prevê a obrigação de uma parte ceder o uso de sua imagem pessoal sem limitação de tempo encontrará óbice nos direitos fundamentais da cedente, ainda que não haja poder social, prevalência ou subordinação de uma das partes com relação à outra.

É essa teleologia da proteção dos direitos fundamentais cuja exigibilidade é “oponível erga omnes”, submetendo toda a sociedade à incidência dos direitos fundamentais, que parece permear a decisão do STF no tema 638 de repercussão geral (Brasil, 2022). Sem esse escorço teórico, não se pode compreender a necessidade de esclarecer as balizas principiológicas parametrizadoras do procedimento de dispensa coletiva, que passa pela necessidade da intervenção sindical (mediante procedimento de negociação coletiva), evitando que se possa falar em uma dupla ética na sociedade e reafirmando status de norma jurídica dos direitos fundamentais.

Apesar de não ser aceita majoritariamente no Brasil, pois adotamos a teoria da eficácia imediata, a teoria da eficácia mediata ou indireta teve como precursor, Gunther Dürig. Ela recebeu forte apoio no direito alemão<sup>7</sup>. Para essa corrente teórica os direitos fundamentais são aplicáveis às relações privadas mediante a intermediação indispensável da legislação infraconstitucional. Dürig defendia haver uma imperiosa necessidade de construir pontes normativas ligando os direitos fundamentais (e o direito público) ao direito privado.

Essas pontes, representadas por espécies normativas mais abrangentes, ou seja, com uma maior abertura semântica, como as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados, precisariam ser legisladas no campo privado, para atrair a vinculação das normas de direitos fundamentais situadas historicamente no campo do direito público.

Os teóricos dessa vertente criticam a teoria da eficácia imediata ou direta por supostamente gerar uma banalização dos direitos fundamentais e restringir indevidamente a autonomia da vontade (que possui centralidade no âmbito das relações privadas), desfigurando o direito privado (Costa, 2010), de modo que a eficácia direta seria capaz de ferir a liberdade dos sujeitos a partir de então vinculados pela norma de direito fundamental.

Tratando da evolução da temática no Brasil, num contexto bem mais atual que o do surgimento da teoria, na Alemanha do pós segunda guerra, a doutrina destaca que o Código Civil Brasileiro de 2002 não acolhe esse modelo da incomunicabilidade entre os direitos fundamentais e as relações privadas, em razão de seu paradigma culturalista, que rejeita o formalismo abstracionista em que se baseia essa teoria (Costa, 2010), o que possibilita uma

---

<sup>7</sup> “A teoria da eficácia indireta ou mediata defende a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, condicionando essa incidência, contudo, à prévia atuação do legislador infraconstitucional, que teria o dever de conformar as relações privadas à luz das normas constitucionais definidoras de direitos. Essa teoria foi desenvolvida pioneiramente pelo autor alemão Günter Dürig, em trabalho publicado em 1956, e consagrou-se como a doutrina dominante na Alemanha” (Cunha Júnior, 2016, p. 546).

comunicação bastante significativa entre as norma do código civil e os direitos fundamentais positivados na/decorrentes da carta constitucional, denotando a unidade do sistema jurídico, nos moldes “luhmannianos”.

Os defensores da teoria eficácia mediata, preconizada por Gunther Dürig, afirmam que admitir uma eficácia direta dos direitos fundamentais sobre as relações privadas ensejaria um aumento do poder do Estado, permitindo-lhe exigir o cumprimento de obrigações por parte dos cidadãos em suas relações privadas. Dürig adotava a premissa de que a liberdade é um postulado básico. Por isso a necessidade de mecanismos de suavização ao aplicar os direitos fundamentais às relações privadas.

Se o STF adotasse tal teoria, não poderia aplicar diretamente princípios constitucionais, deixaria de tutelar uma série de valores e bens jurídicos constitucionalmente protegidos e ficaria totalmente dependente da atuação do legislador infraconstitucional para esse desiderato, inclusive no que toca à procedimentalização da dispensa coletiva.

Esses mecanismos legislativos, dos quais a efetivação dos direitos fundamentais dependeria, se restringiriam à legislação infraconstitucional. Apenas em um segundo momento é que a atividade jurisdicional buscaria a concretização dessas cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados apostos pelo legislador para fazer essa espécie de filtragem.

Sob a limitante perspectiva da teoria da eficácia mediata, a Constituição (ao admitir uma eficácia direta) teria passado a prever direitos fundamentais como suporte para a criação de obrigações individuais, quando sua pretensão originaria era a de limitar a atividade estatal criando uma esfera de proteção onde a ingerência Estatal não é bem-vinda. Essa perspectiva não é falsa, mas confere demasiado peso ao passado e despreza as modificações sociais e a modernização do sistema jurídico.

Entretanto, compreender o funcionamento do sistema jurídico a partir de uma tabua axiológica a ser tutelada e promovida pelo Estado mediante proteção de determinados bens jurídicos a despeito da natureza jurídica da relação entre dois ou mais sujeitos de um caso concreto parece mais promissor e mais adequado à efetivação dos direitos previstos na Constituição.

A expansão da efetividade da Constituição também é fator de promoção de liberdade quando estamos diante de condutas de particulares que limitam a liberdade alheia. Ou seja, ainda que os direitos fundamentais carreguem consigo deveres fundamentais, na verdade esse modelo de eficácia se apresenta como instrumento definidor da extensão e dos limites do

exercício de liberdades nas relações privadas e, portanto, do modo adequado de realização das dispensas coletivas.

Desconsiderando a importância histórica e política adquirida pelas constituições do pós-guerra, do ponto de vista jurídico, a teoria da eficácia indireta, inverte a supremacia da constituição, submetendo sua aplicabilidade aos designios do legislador infraconstitucional, que também está vinculado pelo dirigismo constitucional.

A adoção da teoria da eficácia indireta deixa ao alvedrio do legislador ordinário a aplicabilidade dos direitos fundamentais, condicionando os efeitos da norma suprema do ordenamento jurídico e de outras criadas de modo mais complexo (v.g. uma PEC<sup>8</sup>, que requer aprovação por maioria qualificada) pelo legislativo à autorização de uma norma criada mais simplificada (com um quórum menor e um procedimento mais simples de aprovação) pelo mesmo poder legislativo. Essa teoria sujeita a ordem jurídica a maiores instabilidades políticas e econômicas, pois sujeita o projeto de Estado e de sociedade traçado pelo constituinte à vontade de maiorias transitórias, abrindo mão desse mecanismo de proteção.

Admitir apenas a eficácia mediata menoscaba a fundamentalidade e a aplicabilidade direta, que são inerentes aos direitos fundamentais, gerando a incoerência de um pedido de permissão da constituição ao direito privado para que possa produzir seus efeitos no âmbito das relações abrangidas pelas hipóteses de incidência situadas no âmbito de relações classificadas como de direito privado.

Essa perspectiva deixaria a dispensa coletiva à margem da proteção constitucionalmente concedida aos trabalhadores pela constituição federal. Proteção esta que se pretende ampla, contemplando desde o ponto de vista do direito civil (enquanto cidadão, titular de privacidade, intimidade, imagem, etc.) até os direitos tipicamente trabalhistas.

Outra peculiaridade prática da aceitação de uma eficácia meramente indireta dos direitos fundamentais seria a subutilização do tecido normativo disponível, pois muitas matérias constam do texto constitucional por meio do estabelecimento de diretrizes capazes de moldar relações jurídicas (como a proteção da relação de emprego contra a dispensa imotivada, apta a abranger até mesmo as dispensas coletivas).

Isto ocorre porque esses mesmos temas, por vezes, não foram objeto de regulamentação no plano infraconstitucional, de modo que diante da lacuna legislativa sob a

---

<sup>8</sup> PEC – Proposta de Emenda Constitucional

égide da teoria da eficácia mediata esses temas ficam ao largo da ordem jurídica por opção do legislador infraconstitucional.

A minúcia inerente à difícil tarefa de o direito privado tentar antever todas as hipóteses de lesão a direitos numa sociedade complexa para, a partir daí, moldar a forma da incidência do valor tutelado pelo direito fundamental por meio de comandos específicos e prevenir todas as infinitas possíveis particularidades e variações de casos concretos no âmbito das relações privadas é burocrática e desconsidera a morosidade e omissão constantemente notadas no legislativo brasileiro. Também é extremamente contraproducente onde quer que seja. Não atoa Robert Alexy (no início do capítulo 3 de sua Teoria dos Direitos Fundamentais) esclarece as inúmeras vantagens da adoção de um sistema de princípios e regras.

*Ad argumentandum tantum*, a hipotética adoção da teoria da eficácia indireta permitiria a prevalência de inúmeros obstáculos à fruição dos direitos fundamentais nas relações privadas, quando permite que o direito constitucional preste continência para o direito infraconstitucional sob o pretexto de uma filtragem. Mas, filtragem de quê? A pergunta é pertinente, desde que, em verdade, o que fica preso no filtro é o exercício do direito, e na prática se obstaculiza e burocratiza o gozo dos direitos fundamentais.

Apesar de ser uma teoria criticável e não receber guarida no Brasil, ela é a teoria prevalecente na Alemanha. Evidentemente, cada país tem seu próprio ordenamento jurídico com suas demandas e peculiaridades que frequentemente impedem a transposição de uma solução de maneira automática de uma sociedade para outra.

Na Alemanha, o Caso Lüth foi paradigmático e teve seu julgamento vanguardista fundamentado na precedência do direito fundamental à liberdade de opinião, que ao final, resultou numa decisão favorável ao então presidente do clube de imprensa de Hamburgo (Erich Lüth), reconhecendo seu direito de realizar o boicote ao filme dirigido por Veit Harlan com fundamento na eficácia irradiante dos direitos fundamentais e interpretando o direito civil conforme à constituição, conseqüentemente reconhecendo sua eficácia mediata nas relações privadas.

O juiz alemão Hans Carl Nipperdey, defensor da teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, aduz que as normas de direitos fundamentais influenciam o direito privado não somente como mecanismo interpretativo e de irradiação de valores, pois deles fluem diretamente direitos subjetivos privados para os indivíduos.

Seus detratores argumentam, contra essa afirmação, que tal concepção geraria uma invasão absoluta e irrestrita da esfera privada pelos direitos fundamentais, aniquilando as relações privadas como conhecemos. Marcelo Costa (2010), apresenta esse panorama e rechaça essa afirmação em sua pesquisa ao aduzir que o que conhecemos por eficácia horizontal não produz essas consequências.

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso (2005) em estudo acerca do Neoconstitucionalismo e da constitucionalização do direito, leva o leitor à conclusão de que ambos os fenômenos, ao fim e ao cabo, são salutares. É essa efetividade e proteção da sociedade mediante equilíbrio das relações, promoção da justiça social e proteção da sociedade em face das externalidades do sistema econômico, que se nota na repercussão desse paradigma teórico sobre o tema da procedimentalização da dispensa coletiva.

O ônus que essa postura mais moderna atrai é a necessidade de o interprete do ordenamento jurídico (em muitos casos, o judiciário) modular, diante do caso concreto, os limites e a extensão do(s) direito(s) fundamental(is) prevalecente(s) e aferir a adequação e necessidade da medida de implementação, que ao efetivar um ou mais direitos acaba por restringir outro(s) direito(s) (igualmente fundamental[is]) do destinatário da norma, gerando uma regra aplicável a uma hipótese de incidência por meio do juízo de ponderação tecnicamente descrito por Alexy (2014).

A extensão desses direitos fundamentais em confronto com a proteção constitucional da autonomia privada (ou outros direitos fundamentais das partes da relação jurídica) e o resultado dessa ponderação é descrito com minúcia pela doutrina nacional e estrangeira, inclusive com atenção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais descrito por Sarlet (2012), que não pode ser violado nesse procedimento de ponderação pela medida restritiva.

A autonomia privada deve ser exercitada nos termos e nos limites fixados pela ordem jurídica, não se confundindo com a já superada autonomia da vontade (Borges, 2007). Pode-se cogitar que a própria noção de autonomia privada já contenha um juízo de ponderação exercido pelo legislador em sua conformação (Alexy, 2014), entretanto, a sua indubitável qualidade de norma-princípio, com a inerente abertura semântica, a torna elemento de uma ponderação para fins de aplicação do que Kelsen (2006) chamava de norma individual (decisão judicial). De uma maneira ou de outra, pode-se dizer que o juízo de ponderação é inexorável.

Em outras palavras, a ponderação está sempre presente na aplicação dos direitos fundamentais em colisão (o que ocorre nas relações privadas, pois ambas as partes titularizam direitos fundamentais). E mesmo diante da ausência de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados no direito infraconstitucional, a incidência dos direitos fundamentais sobre essas relações se faz não apenas técnica/juridicamente possível, como desejável, sendo, portanto, supérflua a intermediação das normas de direito fundamental.

Nessa toada, é uma tendência, ainda nas primeiras décadas do século XXI, a busca da aplicação dos direitos fundamentais e dos princípios jurídicos em decisões judiciais como a que determina a necessidade de intervenção sindical nas dispensas coletivas nos moldes do Tema 638 de repercussão geral do STF. Essa vertente teórica não é algo que prevaleceu pontualmente no Brasil. Trata-se de movimento teórico acatado em diversos países, como Argentina, Portugal e Espanha.

A teoria da eficácia direta ou imediata, apesar de defendida originalmente na Alemanha pelos autores Nipperdey e Leisner, não teve aceitação naquele país. Para essa teoria, os direitos fundamentais têm aplicabilidade direta e imediata sobre as relações privadas, independentemente de prévia atividade legislativa. Assim, não só o Estado como também os particulares estão vinculados à Constituição. Essa teoria foi acolhida na Espanha, na Itália, na Argentina e em Portugal. Em Portugal, inclusive, há norma expressa na constituição (CRP, art. 18º/1), segundo a qual “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas” (Cunha Júnior, 2016, p. 546).

A eficácia direta idealizada por Hans Carl Nipperdey, fundamentou-se na concepção dos direitos fundamentais como valores que emergem por todo o ordenamento jurídico, efeito corolário da unidade do ordenamento jurídico e da força normativa da constituição (Amaral, 2007; Sombra, 2011). Para Nipperdey, fugir dessa construção seria atribuir às normas fundamentais uma função apenas declaratória, de maneira contraditória com sua essência. Como contraponto, seus “detratores” argumentam que a aceitação da eficácia imediata suprime a autonomia privada.

Defendemos o ponto de vista de que a aplicabilidade direta e a força normativa contribuem para a eficácia horizontal, aprimorando-a, porém a força normativa da constituição não é o fator determinante de seu surgimento, pois a aplicabilidade direta não é o único meio de reconhecer essa carga deôntica. A força normativa da constituição se faz presente na também na concepção liberal dos direitos fundamentais, que implica uma eficácia exclusiva desses direitos em face do Estado.

Das lições de Nipperdey sobre direitos fundamentais e autonomia privada a partir da ordem jurídica alemã extrai-se que a dignidade da pessoa humana é fundamento e a livre personalidade se encontra no centro do ordenamento jurídico total e que os direitos fundamentais não precisam ter por todo sempre o mesmo significado que tinham nas constituições antigas. Mas ele adverte que o “efeito absoluto” dos direitos fundamentais deve ser analisado cuidadosamente para cada norma de direito fundamental particular (Günter; Nipperdey; Schwabe, 2011).

Ao nosso sentir, com a influência das lições de Nipperdey e o fundamento obtido à luz da constituição e doutrina brasileiras, é a unidade do ordenamento jurídico, juntamente com a máxima efetividade das normas constitucionais e com o princípio da supremacia da constituição que guiam essa abordagem transcendente das limitações impostas pela ideologia liberal acerca dos direitos fundamentais. Essa vertente moderna possibilita, quando interpretados em conjunto e como resultado de uma combinação sistemática, a eficácia horizontal da modalidade direta/imediata.

A ordem objetiva de valores (ainda que passível de críticas) e a fundamentalidade material estão em harmonia com o metaprincípio da ponderação. De modo que uma visão abrangente da evolução doutrinária do tema e do estado atual da arte nessa temática podem ajudar a responder o problema do “como e em que medida” incidem os direitos fundamentais proposto por Alexy (2014).

Mas, como e em que medida devem ser aplicados os Direitos Fundamentais? Sarlet (2012) apresenta possibilidade de resposta quanto ao “como”, que seria “pela ponderação” e também quanto ao ‘em que medida’, podendo-se cogitar que seja “na medida da densidade normativa” extraída da análise (semântica, teleológica e sistemática) do preceito assecuratório do direito fundamental ou valor constitucional. Toda essa dinâmica deve ser levada a efeito sem perder de vista a realidade social e os potenciais ofensores do bem jurídico tutelado.

Daniel Sarmento, aponta como inquestionável a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, sendo que o argumento da restrição excessiva à autonomia privada não procede porque tal valor (autonomia privada) não é absoluto, podendo ser ponderado com outros direitos constitucionais.

É justamente a ponderação, o modo de delimitar adequadamente a abrangência/extensão da autonomia em cada caso concreto (Costa, 2010), desse modo, as

críticas ao que se tem, parece uma pretensão não jurídica do interprete, talvez comprometido pela incidência demasiada da inafastável perspectiva ideológica.

E, na mesma toada, Wilson Steinmetz é a favor da vinculação imediata fundamentado na supremacia da constituição, na primazia dos direitos fundamentais na ordem constitucional e no princípio da dignidade da pessoa humana. As regulações infraconstitucionais de direitos fundamentais atuariam justamente na margem de fixação de exceções a essa regra (da vinculação direta) que sejam constitucionalmente permitidas, em consonância com os direitos fundamentais (Costa, 2010, p. 81) e evidentemente, com a ordem jurídica constitucional, a partir de uma interpretação sistemática.

Ainda, Sarlet (2012) reafirma o consenso acerca da existência de situações de desigualdade na esfera privada em consequência de um maior ou menor poder social. Aponta essa conformação fática como origem das agressões à liberdade individual que em última *ratio* ofendem princípio da dignidade da pessoa humana, reforçando a necessidade de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

O que reforça a adequação da via eleita no julgamento do STF que analisou a regularidade da realização de dispensas coletivas, pois no âmbito do direito coletivo do trabalho se tem uma relação privada com potencial de violação de direitos fundamentais e da liberdade individual a partir da compreensão da existência de limites econômicos ao exercício da liberdade e da atuação em conformidade com os ditames da boa-fé objetiva no âmbito das relações privadas. A doutrina, lamentando apenas a inexistência de uniformidade e a ocorrência de soluções dissonantes, a depender do caso concreto (Costa, 2010, p. 81), verifica-se que:

Para Jane Reis Gonçalves Pereira, malgrado a ausência de uniformidade e incondicionalidade na aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, tal teoria espelha a adoção “de um modelo hermenêutico comprometido com o caráter normativo da Constituição”, devendo o interprete modular a extensão de sua incidência por meio de recursos hermenêuticos tradicionais, mas tendo em conta, também, a proteção constitucional da autonomia privada. [...]

A doutrina civilista que vem estudando essa disciplina a luz do Direito Constitucional também se manifesta pela incidência imediata desses direitos fundamentais nas relações entre privados. Para corroborar tal afirmação, destaca Luiz Edson Fachin a penetração do Direito Constitucional em todas as disciplinas, inclusive, por óbvio, no Direito Civil, a proporção que as normas constitucionais, notadamente os princípios, tem caráter vinculante e consequente força deontológica, motivo pelo qual as normas não poderão ser reduzidas pelas regras de direito privado nas relações entre privados, pois as coordenadas constitucionais só tem limite nos próprios princípios, não sendo possível a solução concreta da legislação infraconstitucional, especial ou ordinária, contrastar essa diretiva máxima do Estado democrático de direito (Costa, 2010, p. 81-82).

Entendemos pela adequação do modelo de incidência dos direitos fundamentais proposto pela teoria da eficácia imediata do direito brasileiro. Tal afirmação encontra-se lastreada nas pesquisas realizadas em fontes doutrinárias e jurisprudenciais, bem com tomando por referência textos normativos constitucionais, como o Art. 5, §1º da CRFB/88. Desse modo, nos parece acertada, também a partir desse paradigma teórico, a decisão do STF quanto à necessidade de intervenção sindical para fins de negociação coletiva não-cogente diante de dispensas coletivas.

Os benefícios oriundos da constitucionalização do direito são evidentes, e são os mesmos do fenômeno que costuma-se definir como “neoconstitucionalismos”. E que vêm mostrando-se favorável à busca por justiça ao acarretar um cumprimento menos prejudicial do fechamento operativo da jurisdição consubstanciado no *non liquet*.

Nenhuma opção teórica é absolutamente neutra, e as consequências indesejadas giram em torno da ausência de uniformidade e alguma restrição da segurança jurídica (também um direito fundamental) cuja expansão não poderia justificar atualmente a não implementação (ou eficácia social) dos direitos fundamentais já consagrados e conquistados, sejam eles explícitos ou implícitos.

O receio de restrição exagerada da autonomia privada, apesar de ser o principal argumento opositor à eficácia horizontal, parece ser no mínimo artificioso. Outra razão para que ele ocupe posição central nesse embate parece ser um excessivo apego a esse princípio ou valor por considera-lo central no ordenamento jurídico. Mas, mesmo diante desse pressuposto, Nipperdey considera o modo direto de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas o mais adequado (Günter; Nipperdey; Schwabe, 2011).

A defesa da autonomia privada como expressão da liberdade, e, portanto, dos direitos fundamentais se justifica também em nossa ordem jurídica. Pois, ela, ao possuir fundamentalidade, ocupa um posto de alto escalão na ordem objetiva de valores. Ela também é um direito fundamental, porém, não ocupa o posto de fundamento central do sistema constitucional brasileiro, que tem no seu eixo de gravitação o princípio da dignidade da pessoa humana. Desse modo, a experiência prática tem mostrado que a segurança jurídica deveria ser uma preocupação maior do que a autonomia privada nesse contexto teórico/doutrinário.

Existem também as teorias negativas/negativistas cuja elucidação se faz mister para compreender todo o debate em torno da eficácia horizontal, que é pressuposto para a

compreensão adequada da decisão do STF no tema 638 de repercussão geral ao tratar da licitude das dispensas coletivas (Brasil, 2022). É imprescindível conhecer suas nuances e as principais correntes teóricas, inclusive as que ganharam espaço em países com posição de destaque no cenário econômico e político internacional.

As principais teorias negativistas da eficácia horizontal referenciadas na doutrina especializada são duas. Elas partem de pressupostos diametralmente opostos àqueles das teorias esposadas anteriormente. Pois pressupõem a plena viabilidade das ideias liberais clássicas de divisão entre público e privado na atualidade e, baseiam-se na compreensão dos Direitos Fundamentais apenas como direitos subjetivos públicos oponíveis exclusivamente em face do Estado. Esses aspectos são criticados desde a muito, inclusive, pelo já referenciado, precursor da teoria da eficácia imediata, Hans Nipperdey.

Esse raciocínio impõe um congelamento da compreensão histórica dos direitos fundamentais, pois insiste em admitir apenas uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações em que desde os primórdios do surgimento dos direitos fundamentais sempre se reconheceu sua aplicabilidade.

Pode-se entender que a existência de níveis de poder dispare, ou seja, relações de poder em que indubitavelmente prevalece a desigualdade de forças entre as partes sempre existiu. E que o sistema jurídico, artificialmente deve manter uma presunção absoluta de que as relações com essas características de disparidade de poder apenas ocorrem entre o cidadão e o Estado.

Busca-se com esse fechamento cognitivo, obstar a chamada eficácia vertical dos direitos fundamentais. Na doutrina especializada, essas teorias não têm conseguido resistir ao passar do tempo e às reformulações pelas quais a sociedade passa no curso de seu processo evolutivo-civilizatório e de expansão da democracia (Bobbio, 1997). Essas mudanças vêm refletindo paulatinamente nos direitos fundamentais e gerando questionamentos aos pressupostos que sustentam tais teorias negativistas (Cunha Júnior, 2016).<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> “Para as teorias negativas, os direitos fundamentais só vinculam o poder público, nunca os particulares. Tais teorias foram responsáveis pela criação nos Estados Unidos, da doutrina do *state action*, que, fundada na intangibilidade da autonomia privada, recusa a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Essa doutrina, contudo, a partir da década de 40 começa a ser mitigada pela jurisprudência da Suprema Corte, que passou a adotar a denominada *public function theory* (teoria da função pública), em conformidade com a qual os direitos fundamentais vinculam os particulares quando estes agirem no exercício de funções públicas” (Cunha Júnior, 2016, p. 546).

A *State Action*, adota o pressuposto de que os direitos fundamentais somente podem ser opostos em face Estado, porém essa mesma teoria admite ter seus efeitos afastados quando o sujeito de direito que ofende um direito fundamental não está agindo em nome do Estado, ou seja, o direito fundamental apenas vinculará o ofensor que seja o Estado ou que atue em seu nome.

De início já se verifica que tal teoria não afasta a incidência dos direitos fundamentais das dispensas coletivas que são realizadas, em regra, no mercado privado, por sujeitos de direito privado, em razão de interesses econômicos particulares que, inclusive, comumente vão de encontro ao interesse público. Desse modo, tal teoria não se apresenta como argumento teórico capaz de afastar ou mitigar a *ratio decidendi* do acórdão do STF no julgamento do tema 638 de repercussão geral, ressalvada a hipótese de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos e situações congêneres igualmente excepcionais.

Do ponto de vista da coerência da argumentação jurídica, o modelo de aplicação dos direitos fundamentais defendido pelos teóricos negativistas da *State Action* implica uma interpretação extensiva da noção de Estado ou de sua atuação no bojo da sociedade em um contexto de adoção de pressupostos e finalidades oriundos do liberalismo. Em suma, considera-se que um ente privado está a praticar atividade pública (ou atividade de interesse público) a partir da presença de algum indício de exercício de autoridade estatal (Sombra, 2011, p. 94-95). Mas tal argumentação, ainda que acatada, não afastaria as dispensas coletivas realizadas por empresas privadas que não prestam serviços públicos.

Como dito, em uma análise de coerência, a interpretação extensiva da atuação do Estado é notada com ares de contradição interna da teoria da *State Action* quando se analisa a *public function theory*. Por isso existem fortes críticas a essa teoria, por sua contradição interna e contextual, pois as bases teóricas liberais de compreensão do Estado e suas funções bem como pela artificialidade da interpretação que são incompatíveis com a pretensão de ampliação da conotação pública de atividades desenvolvidas por particulares (Sombra, 2011, p. 95), se prestando a confirmar a validade de um ato lesivo a um direito fundamental.

A teoria liberal vê o Estado como uma ameaça à liberdade dos cidadãos, compreendendo como situação ótima a existência de um Estado mínimo, apregoando a necessidade de uma constante contenção da expansão do Estado, dos seus gastos e de sua atuação (o que é similar, nesse aspecto, à vertente neoliberal, que possui como característica marcante a presença de agências regulatórias).

A *state action* resgata a tese liberal dos direitos fundamentais quanto à sua eficácia nas relações jurídico-privadas, pois restringe sua aplicabilidade às relações tidas por verticais em razão da participação do Estado. No entanto, tal compreensão vem sendo mitigada nos ordenamentos jurídicos que adotaram a teoria da *state action*, tornando a vinculação aos direitos fundamentais na sociedade apenas excepcionalmente mais abrangente que nos primórdios do liberalismo. É parca a repercussão prática.

Entretanto, o que se alterou no espectro de incidência dos direitos fundamentais em razão da *state action*, habita uma zona cinzenta entre as relações de natureza pública e as relações de natureza privada, dando azo a críticas acerca de sua aplicação em algumas relações notoriamente privadas, ao mesmo tempo em que se sustenta uma inadmissibilidade de tal incidência (Amaral, 2007).

[...]naquele país (Estados Unidos), há certa preponderância da tese liberal dos direitos fundamentais segundo a qual essa categoria de direitos vincula apenas o Estado, mostrando-se intocáveis apenas em relação às ações estatais (*state action*). Há de se ressaltar, porém, que a jurisprudência estendeu a abrangência do conceito de poder público, a fim de abraçar aquelas situações em que, embora os atos tenham sido praticados por particulares ou entidades privadas, na verdade isso teria ocorrido por delegação de funções públicas, razão pela qual, nestas hipóteses, haveria a possibilidade de atribuir ao Estado a responsabilidade pela ação de um sujeito privado (Amaral, 2007, p.76).

Note que essa crítica tem repercussão singular no caso da dispensa em massa, pois se houvesse no Brasil a adoção da *state action*, poderíamos nos deparar com duas empresas, ambas pessoas jurídicas de direito privado, por vezes competindo no mercado entre si, sendo que uma estaria sujeita à incidência dos direitos fundamentais sobre sua pretensão de dispensar coletivamente e outra não. Gerando desigualdade competitiva no mercado. Ademais, a abertura do conceito de delegação de função pública poderia gerar decisões judiciais divergentes, afetando mais a segurança jurídica do que a incidência uniforme dos direitos fundamentais sobre todas as relações jurídicas, públicas ou privadas.

Duas críticas essenciais encontradas na doutrina atribuem um caráter de inconsistência teórica à *state action*: i) A ampliação do conceito de Estado, e; ii) a atribuição de conotação pública aos atos de alguns particulares (ampliando o que se entende por ato Estatal) em um contexto teórico-filosófico predominantemente liberal (defensor do Estado mínimo); são duras críticas teóricas que recebem o reforço de uma crítica pragmática.

A crítica pragmática a que nos referimos diz respeito à impossibilidade fática de atribuir ao Estado o dever de fiscalização das incontáveis relações que ocorrem entre particulares que exercem funções atribuíveis ao Estado no contexto de uma sociedade de

massas e, a partir daí, querer responsabilizar o Estado pelas violações decorrentes dessas relações com fundamento na justificativa de que se trata de uma delegação do Estado (e não de uma obrigação do Estado de zelar por determinados valores mediante a responsabilização dos particulares por seus atos).

A teoria da convergência estatista, de *Jürgen Schwabe*, atribui ao estado o dever de fiscalizar os particulares e de responsabilizar-se pelos seus atos por entender que a autonomia privada é uma concessão (faculdade/poder jurídico) dada(o) pelo Estado e por isso deveria se responsabilizar pelas violações praticadas pelos particulares.

Em que pesem as razões em contrário, nem em um estado totalitário, onde o aparato estatal está por toda a parte e a atividade pública de intervenção é incessante, a teoria de *Schwabe* poderia ser considerada válida. O Estado jamais poderia tutelar de forma pormenorizada todas as relações jurídicas formadas entre os indivíduos. (Sombra, 2011, p. 92).

Há de se ressaltar, porém, que não merece prosperar a tese sustentada por essa doutrina, tendo em vista que com fundamento num princípio geral de liberdade vigente no ordenamento jurídico, os particulares não agem por delegação ou autorização do Estado, sendo que são perfeitamente responsáveis por seus atos. Não há, pois, desta maneira, como imputar responsabilidade ao Estado pelos atos praticados por sujeitos privados, exercitando a autonomia individual, no âmbito das relações jurídico-privadas, apenas pelo falacioso argumento de não ter evitado tais ofensas (Amaral, 2007, p. 78).

Considerando que nenhuma das teorias negativistas possui substrato teórico sólido e aceitável do ponto de vista do referencial teórico consultado, tampouco do ponto de vista da doutrina dominante no Brasil, dificilmente poderá se tornar preponderante no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, e a tendência do entendimento adotado no âmbito do acórdão do STF no tema 638 é manter-se diante do atual ordenamento jurídico constitucional e da recalitrância do legislador infraconstitucional. Em arremate:

[...]a teoria dos deveres de proteção, subsidiária da teoria da eficácia indireta, segundo a qual cabe ao Estado o dever de proteção aos direitos humanos fundamentais nas relações privadas, que assim acabam atuando nessas relações através do Estado (Executivo, Legislativo ou Judiciário). Podem ser citadas, ainda, a teoria da convergência estatista (Alemanha) e a teoria do *State action* (EUA). A teoria da convergência estatista nega a validade da discussão entre as teorias da eficácia imediata e mediata dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas, segundo essa teoria, a atuação dos particulares se dá por uma permissão ou ação estatal, sendo o Estado o responsável pelas violações desses direitos.

Por outro lado, a teoria do *state action* afirma a impossibilidade de aplicação dos direitos humanos fundamentais nas relações eminentemente privadas, cabendo a aplicação desses direitos apenas nas relações em que particulares exercem funções estatais ou quando se possa imputar ao Estado a conduta de um particular que viola um direito (Vecchi, 2009, p. 168).

Considerando o modelo de Estado e a perspectiva filosófica subjacente em cada estágio da evolução da temática dos Direitos Fundamentais, se tornou possível traçar um panorama acerca de sua eficácia horizontal que seja mais amplo e diversificado, essa

perspectiva holística possibilita ao leitor compreender o contexto da decisão do STF que determina intervenção sindical nas dispensas coletivas à luz dos direitos fundamentais e da boa-fé objetiva.

Desvencilhar-se de algumas pré-compreensões inautênticas que poderiam comprometer a compreensão sistemática do ordenamento jurídico é essencial para compreender a decisão da suprema corte e os desdobramentos teóricos da presente pesquisa, pois não se pode negligenciar o alto grau aproveitamento propedêutico dessa abordagem.

O aprofundamento na dicotomia eficácia mediata/imediata, é de extrema relevância para a compreensão das correntes mais modernas, dos pressupostos adotados no tema 638, na sua coerência com a evolução teórica do direito em várias partes do mundo, e das correntes dominantes num contexto geográfico mais amplo. A transcendência das fronteiras nacionais, entretanto não tem a pretensão de esgotamento do tema ou de abrangência absoluta, mas apenas de subsidiar a compreensão dos limites da dispensa coletiva na ordem jurídico-constitucional brasileira.

Diante do arcabouço normativo constitucional vigente, a eficácia imediata prevalece na doutrina e jurisprudência brasileiras. Pois tudo indica, que pela força de seus fundamentos a partir da análise de pesquisadores já iniciados no tema, que seria ela a mais adequada ao nosso ordenamento jurídico.

Especialmente diante da a relevância dos direitos fundamentais em nosso sistema constitucional (fundamentalidade material e formal), da teoria dos direitos fundamentais e da máxima efetividade da constituição para a concretização do modelo de sociedade constitucionalmente almejado, tornando a norma constitucional uma realidade social que não pode ser relegada diante de um fenômeno tão impactante socialmente como a dispensa coletiva.

A doutrina consultada considera alta a probabilidade de que a teoria da eficácia imediata seja a opção teórica mais avançada e mais adequada às características sociais e jurídicas do Brasil, destacando que as críticas esposadas às teorias negativistas são procedentes, bem como a inadequação técnica da teoria da eficácia mediata uma realidade.

Adota-se na presente pesquisa a posição doutrinária favorável à eficácia imediata em razão da fragilidade das teorias negativistas e das teorias que prevaleciam nas primeiras fases evolutivas dos direitos fundamentais ao longo da modernidade. Diante desses obstáculos,

sugere-se ao estudioso uma visão holística e dialética das teorias que se sucederam, com o fito de evitar equívocos interpretativos oriundos de pré-compreensões inautênticas.

Reitera-se que a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas se apresenta com maior potencial que as demais teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais comentadas na presente pesquisa por possuir mais coerência, solidez dos fundamentos e compatibilidade com a análise histórico-evolutiva do tema.

As conclusões teóricas alcançadas neste capítulo são parciais e abertas ao contraditório (embora atualmente bastante sedimentadas e constituam pressuposto de inúmeras decisões das cortes brasileiras, em especial, a do tema 638 do STF). Também possuem reflexos na ponderação de princípios que é tema correlato ao do presente capítulo e dialoga com a análise principiológica da dispensa em massa. Mas quando se fala em dispensa em massa, não se pode perder de vista a coletividade dos trabalhadores. Esses sujeitos, diretamente afetados pela medida, são marcados historicamente por suas pugnâncias por reconhecimento e efetivação de direitos.

## 2.2 SINDICALISMO E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Historicamente é de suma importância a luta das coalizões de trabalhadores para o surgimento do Direito do Trabalho. Na evolução do pensamento do Direito do Trabalho resta claro o receio e as ressalvas que foram opostas firmemente ao surgimento de um padrão mínimo de direitos que impusesse limites à exploração do labor de outrem.

Essa oposição se pautava nas mais diversas perspectivas, desde aquelas que entendiam a justiça social como carente de conteúdo e as normas protetivas como uma miragem maligna (Hayek) de modo a interpretar a luta por direitos da classe trabalhadora, não como uma luta por mais igualdade, e sim como uma luta por privilégios para um grupo, em detrimento da coletividade como um todo.

Os teóricos contrários ao direito do trabalho historicamente possuem essa “fé no mercado como um mecanismo perfeito” de realização de justiça, que aliada em seus primórdios a uma má imagem das coalizões de trabalhadores e a uma “intuição” de que os direitos trabalhistas seriam um engano, prejudicial aos seus próprios destinatários/favorecidos, pautava o discurso dos teóricos militantes avessos/adversos ao Direito do Trabalho (Barbagelata, 2012, p. 146-150).

Para além da perspectiva da luta de classes e o conflito de interesses que lhe é subjacente a partir de uma perspectiva materialista-histórica, pode-se cogitar uma visão macroeconômica do sistema capitalista mundial que leva em consideração a aludida perspectiva crítica. Trata-se de uma derivação da teoria sistêmica apresentada, apresentada por Rodolfo Filas (1998).

Diz-se isso porque os conceitos utilizados são diferentes da clássica teoria Luhmanniana e nota-se destacada concepção humanista na dinâmica funcional do Direito analiticamente descrita. Tal perspectiva sistêmica destaca que, quando se acentua a crise do capitalismo periférico e conseqüentemente o custo do ajuste estrutural aumenta, a luta pela distribuição de renda exacerba esse conflito (Filas, 1998, p. 24), o que reflete o quanto o peso das medidas de austeridade já foi colocado sobre os ombros da classe trabalhadora.

Apesar da relevância dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados para a manutenção de um patamar civilizatório também no âmbito das relações trabalhistas, o fato da fonte material por excelência do Direito individual do Trabalho se encontrar nas lutas da classe trabalhadora por melhores condições do trabalho e suas greves, realizadas nos primórdios da revolução industrial.

Isso fez com que alguns acólitos do Direito do Trabalho entendessem que as normas que compõem o que se entende por Direito do Trabalho (ou direito operário) se limitariam unicamente àquilo que fosse oriundo de negociações coletivas. Ou seja, dos ajustes entre a coletividade dos trabalhadores e a categoria econômica. Dito de outro modo, quando do surgimento desse ramo do direito, havia defensores do Direito do Trabalho, avessos ao intervencionismo estatal (Barbagelata, 2012, p. 146-150).

De outra banda, essas lutas coletivas, tão valorizadas por parcela da academia, encontraram colossais dificuldades para se firmarem diante de uma atuação repressiva do Estado, de modo que durante longo período o associativismo laboral e suas estratégias de luta (como as greves) foram proibidas, ou seja, criminalizadas pelo Estado em diversos Países.

Podemos citar como exemplo, a partir do escólio de Barbagelata (2012), a proibição a legislação que previa sanções penais para organizações sindicais e seus promotores na Grã-Bretanha em 1799-1800, ocorrendo proibição semelhante na Dinamarca por meio de um Decreto editado em 1800; também vários estados alemães proibiram os sindicatos em 1836 (sendo que foram legalizados na Alemanha unificada em 1890), bem como na Espanha se ditou a proibição de coalizões de trabalhadores em 1844.

Em França, a Lei *Le Chapelier* de 1791, juntamente com o código penal Francês, proibiram os sindicatos, as greves e demais manifestações de trabalhadores, que foram punidos severamente até que tais leis foram flexibilizadas em 1864, apesar de se mencionar o fim do regime repressivo apenas em 1884. Quanto à regulamentação no Brasil, diante da abolição da escravatura apenas em 1888, a regulamentação do trabalho livre e das coalizões de trabalhadores ganha maior atenção apenas entre o final do Sec. XIX e início do séc. XX, sendo que a atividade sindical sofreu forte repressão, com destaque para o código penal de 1890, que previa sanções penais para atividades grevistas que gerassem ameaças ou violência, similar à legislação francesa de 1864 (Barbagelata, 2012, p. 56-58).

A remissão ao tratamento mais brando da lei brasileira para com as atividades grevistas merece um olhar crítico, voltado para o modo de efetivação da legislação, inclusive a partir de notícias da época, que retratam a compreensão histórica desse período e também da legislação durante esse período. Diz-se isto porque encontra-se na doutrina referência às violentas repressões aos movimentos operários do início do Séc. XX, apesar do florescimento/fortalecimento de ideais abolicionistas (e de certo modo humanitários), como bem destaca Rodrigues Pinto ao afirmar que essa forte repressão policial às tentativas de coalisão de trabalhadores na primeira década do século XX demonstrou como a prática destoava da teoria (Pinto, 2003, p. 41)

As lutas sindicais permanecem sendo relevantes para o equilíbrio das relações de trabalho e no alvorecer da década de 20 do século XXI se dão num contexto pelo menos dois anos de vigência da reforma trabalhista de 2017 e de implementação de medidas sanitárias de enfrentamento da pandemia de Covid-19 com suas repercussões sociais e econômicas, mormente no mundo do trabalho (além da já conhecida globalização e do aumento exponencial do uso de tecnologias).

O presente desenvolvimento é pertinente porque as crises econômicas podem acarretar e, comumente acarretam, dispensas coletivas. Ocorre que estamos a defender a negociação coletiva como ferramenta para amenizar os efeitos deletérios diretos e indiretos das dispensas coletivas, mas não se pode ter a ingenuidade de pensar que a negociação coletiva necessariamente terá um desfecho positivo ou um efeito de elevação do patamar civilizatório. Essa é apenas uma tendência. As negociações coletivas durante a pandemia precisam ser consideradas nesse sentido, pois tal período excepcional demonstra as fragilidades dessa ferramenta.

É preciso perceber, por exemplo, o modo como foram realizadas a representação obreira e as negociações coletivas durante a pandemia (flexibilizando além dos direitos conquistados, a própria deliberação presencial ou remota, almejando apenas a manutenção dos postos de emprego (Campos *et al.*, 2021, p. 361; 384).

Muitos delegados sindicais relatam aumento na negociação de temas como terceirização, parcelamento de férias, remuneração variável teletrabalho e jornada 12x36 nas negociações coletivas (ACT e CCT) após a reforma de 2017 (Campos *et al.*, 2021, p. 337), mesmo sabendo que sindicatos que só negociam perdas e rebaixamento de direitos, perdem a legitimidade representativa (Krein *et al.*, 2021, p. 59).

Esse panorama fático nos remete aos teóricos conformistas, que reconhecem a existência de uma marcha que avança no sentido do desmantelamento do Direito do Trabalho. Essa corrente de pensadores é retratada por Barbagelata (2012), que destaca como os trabalhadores (britânicos, mas podemos aplicar aos brasileiros, diante da sociedade de mercado globalizada) se converteram em meros buscadores de emprego.

O abalo na contratação de trabalho em tempo integral e a inversão dos objetivos da negociação coletiva diante das frequentes crises, que deixa de garantir o progresso social e converte a negociação coletiva em mecanismo de legitimação de diminuições da proteção jurídica conferida por lei aos trabalhadores. Para ele, esse fenômeno converteria os sindicatos em corporações que visam ao benefício próprio e de seus afiliados<sup>10</sup>, numa transformação tão profunda que faria o trabalhador aceitar que a empresa produza qualquer tipo de dano, desde que continue funcionando (Barbagelata, 2012, p. 144).

A Reforma trabalhista de 2017 foi justificada por seus defensores com base em uma série de supostos benefícios fortemente contestados pelos defensores dos direitos dos trabalhadores. Alguns desses argumentos pró reforma foram: i) a geração de mais vagas de emprego e, ii) o fomento à negociação coletiva (com base na prevalência do negociado sobre o legislado).

Entretanto as estratégias de difamação dos sindicatos, glorificação do empreendedorismo e intensificação da difusão da ideologia neoliberal ocupam papel relevante na viabilização da aprovação da referida reforma (Campos *et al.*, 2021, p. 334). Nesse ponto,

---

<sup>10</sup> Ressalta-se que em 16 nov. 2023 a 7ª turma do TST julgou, por unanimidade, nula a cláusula de convenção coletiva que prevê direitos exclusivos para os filiados ao sindicato por se tratar de expediente violador do princípio da liberdade sindical, constituindo, portanto, conduta antisindical (Brasil, 2023d).

importante lembrar a advertência de Rodolfo Filas, de que o neoliberalismo, “[...]enquanto anuncia ‘a morte das ideologias’ impõe sua posição ideológica de maneira autoritária (pela força militar ou pela dureza do ajuste estrutural)” (Filas, 1998, p. 30).

O Dossiê da Reforma Trabalhista do CESIT (Krein *et al.*, 2017) expõe claramente as objeções dos defensores dos direitos trabalhistas em face da reforma em razão não apenas das justificativas esposadas na declaração de motivos da reforma, que não possuíam respaldo fático, não se confirmando historicamente no passado (assim como não se confirmaram na realidade pós 2017), mas também defendendo a legislação vigente à época, que foi acusada de ser antiquada e retrograda.

Mas a reforma pretensamente modernizadora perdeu a oportunidade de modernizar uma série de temas por falta de interesse político. É o que se diante da necessidade de posteriores alterações do tema do teletrabalho, como ocorreu pela Lei nº 14.442, de 2022 e certamente ocorrerá ulteriormente diante da lacunosidade da regulamentação deste e de outros temas (Brasil, 2002b).

De outra banda, a reforma trabalhista não regulamentou a dispensa coletiva, limitando-se a equipará-la à dispensa individual ou plúrima, o que é uma tentativa de inviabilizar a efetividade mínima do núcleo essencial de uma série de direitos fundamentais, tanto que não prevaleceu tal equiparação diante da decisão do STF no tema 638 de repercussão geral.

A análise crítica da Reforma trabalhista, para além de buscar desvelar os efeitos que são ocultados por seus propositores, busca elucidar também os motivos da escolha dessas medidas e da negligencia na omissão em regulamentar outros temas. O que repercute na necessidade de adoção de uma postura ativista do STF quando provocado.

Essa análise também precisa considerar a perspectiva materialista histórica de luta de classes, que tende a desnudar os interesses dos grupos sociais envolvidos. Nesse ponto é consenso entre os dirigentes sindicais entrevistados por Campos *et al.* (2021, p. 331) que a reforma trabalhista objetivou fragilizar/destruir o movimento sindical.

Um pressuposto teórico importante para a análise dos embates ideológicos abordados num contexto real é aquele que estipula que, em tese, do ponto de vista hipotético de um expectador absolutamente imparcial, a sugestão de alternativas de motivação para as ações dos agentes em sociedade muda dramaticamente a aprovação/desaprovação da conduta. E o resultado atribuído a essas ações pode alterar e até mesmo distorcer o senso de mérito/demérito que lhe pode ser atribuído, como bem sistematizou o chamado “pai do

liberalismo econômico” Adam Smith (1999, p. 17-19). Essa ferramenta foi utilizada para buscar apoio social para a reforma, que se apresentou ao público como equilibrada e neutra, mas que se mostrou parcial e enviesada.

A contra-argumentação dos elaboradores do dossiê da reforma do CESIT aborda os aspectos históricos, que denunciam falácias liberais (ou pseudoliberais) a partir das experiências históricas (a exemplo da ineficácia das medidas neoliberais na geração de postos de emprego no Brasil da década de 1990, problema que foi combatido posteriormente com investimento público estratégico (Krein *et al.*, 2021, p. 6).

Outra crítica à ao movimento ensejador da reforma trabalhista se edifica em face da fragilidade das construções teórico-científicas que lastreiam a reforma de 2017 e sua lógica/coerência (a exemplo da fundamentação do pleito de desregulamentação trabalhista na insegurança jurídica causada pelo excesso de Leis, pois ao deixar cada relação trabalhista ter suas regras definidas pelas partes, relega o regramento a elas aplicável à casuística, o que além de gerar insegurança jurídica reduz a dinamicidade necessária para o crescimento econômico que o sistema capitalista demanda (Krein *et al.*, 2021, p. 19). Esse é também um problema que decorre da falta de regulamentação das dispensas coletivas em uma sociedade complexa, globalizada e de massa.

As argumentações e contra-argumentações no debate liberalista em torno do intervencionismo e da (in)conveniência do direito do trabalho remontam discussões do século XIX e XX, na qual historicamente foram elencados alguns argumentos contrários ao Direito do Trabalho que caíram por terra em face da experiência histórica, por exemplo o argumento de que o desenvolvimento da tecnologia aliado à força do mercado melhoraria a condição dos trabalhadores (Barbagelata, 2012, p. 32), tornando a questão social gradativamente superada (o que não aconteceu, pois a desigualdade social ainda assola a humanidade).

Havia também os que afirmavam que a existência de pobres era necessária para o bom funcionamento das sociedades, de modo que sua condição liberava a maior parte da sociedade de tarefas sórdidas, assegurando a felicidade geral, ou seja, viam a pobreza (e a precariedade da assistência social) como incentivos econômicos (Barbagelata, 2012, p. 33), o que igualmente se mostrou inadequado historicamente (e moralmente).

A defesa da prática de atos visando a interesses próprios em face de terceiros com possibilidade de lesão e vulneração desses terceiros à revelia de qualquer regulamentação é uma visão político-ideológica que ainda se impõe no âmbito da dispensa em massa no Brasil,

mas não por ser juridicamente melhor ou mais eficiente, como bem demonstra a decisão do tema 638 do STF, necessária para dar contornos mínimos de constitucionalidade ao tema.

As contra-argumentações em face da tendência reformista neoliberal adquirem grande relevância também quando abrangem os fundamentos e as repercussões dessas alterações legislativas no dia a dia das lutas sindicais, consideradas o último bastião diante da lacunosidade na regulamentação das dispensas coletivas.

O dossiê do CESIT denuncia que consta da exposição de motivos da reforma de 2017 que a Justiça do Trabalho costuma anular as normas coletivamente negociadas com base num excesso de Leis, de modo a impedir o fortalecimento das negociações coletivas e fomentar litigiosidade (Krein *et al.*, 2021, p. 19), como se a reforma fosse fortalecer as negociações coletivas.

Quanto ao fortalecimento das negociações coletivas, recente pesquisa feita com dirigentes vinculados a duas grandes centrais sindicais aponta que respectivamente 31,9% e 39,1% desses dirigentes afirmam que após a reforma trabalhista se tornou mais difícil ainda firmar negociações coletivas, embora reconheçam que sempre houve grande dificuldade em negociar acordos e convenções coletivas (Campos *et al.*, 2021, p. 334-335).

Fica clara na defesa da reforma, a intenção de eliminar os obstáculos jurídicos à exploração sem limites da força de trabalho, entretanto, essa disputa de interesses, que deveria ser feita a partir de disputas pelos sentidos do direito, são desvirtuadas para o campo dos recursos retóricos (Krein *et al.*, 2021, p. 20-21), o que nos leva a crer que a conjuntura social atual, diante das novas tecnologias e do aumento da velocidade da circulação das informações, potencializou os meios e os efeitos de/da manipulação da opinião pública.

Há que se abrir um “parêntese” para destacar que as novas tecnologias, ao mesmo tempo em que impulsionam novos ciclos de desenvolvimento econômico no sistema capitalista, eliminam postos de emprego, ao mesmo tempo que criam outros. A pertinência do tema tecnologia eliminadora de postos de emprego nesse momento decorre da atribuição de uma debilidade da estrutura sindical decorrente da crescente automatização das atividades administrativas e industriais. A tentativa de conter o avanço tecnológico pode ser vista como uma estratégia burra e inviável de conter o progresso (Pinto, 2022). Nesse ponto, nota-se que a negociação coletiva se torna frágil para lidar com as dispensas coletivas, precisando ser fortalecida politicamente e juridicamente.

A fragilização (ou enfraquecimento) dos sindicatos com o erro histórico de tentar fazer do assalariado um contribuinte compulsório, contrariando a natureza do sindicato de surgir da necessidade de luta contra más condições de trabalho e não por geração espontânea ou elucubrações, passou a demandar dos sindicatos uma reconstrução do movimento sindical que não resultará da mera repriminção do imposto sindical (Pinto, 2022). Sem o engajamento orgânico da categoria, a regulamentação da dispensa coletiva voltada para a negociação coletiva, embora necessária, quedará insuficiente.

Essa manipulação ocorre, por exemplo, quando a pretensão de redução de direitos (e do custo da mão de obra) da classe trabalhadora em favor de uma maior lucratividade (por exemplo para setores marcados por uma baixa produtividade (Krein *et al.*, 2021, p. 49) é trazida à baila como se fosse uma medida favorável à parcela mais vulnerável da população, quais sejam, os desempregados.

Nesse ponto, os desempregados são utilizados como massa de manobra por não terem quem defenda seus interesses, posto que quase não possuem representantes e organizações que defendam seus interesses especificamente. Tal circunstância fica evidenciada pela parca representatividade que os sindicatos fazem dos interesses dos desempregados, praticada por entidades de apenas 7.2% (CUT) e 7.4% (CSP-Conlutas) dos delegados sindicais entrevistados (apesar das dificuldades e barreiras de ordem legal e outras, assim como dos esforços envidados) (Campos *et al.*, 2021, p. 343-344). Essa ausência de representação dos desempregados torna o fenômeno da dispensa em massa ainda mais degradante e urgente.

Os defensores da reforma, por outro lado, ao sustentarem o pressuposto de que a legislação trabalhista cria duas classes de cidadãos, apontam como motivo (como já advertira Adam Smith em sua teoria dos sentimentos morais) para a intransigência obreira o seu egoísmo e falta de solidariedade para com os desempregados, pois apontam como resultado da redução de direitos, uma inclusão social de parcela dos trabalhadores desempregados (Krein *et al.*, 2021, p. 21-22).

Em contraposição a essa argumentação, pesquisa da OIT publicada em 2015 aponta que “não há significância estatística na relação entre rigidez da legislação trabalhista e nível de emprego” (Krein *et al.*, 2021, p. 25). Há que se ter em mente que a economia é complexa e que existem diversos fatores que influenciam na criação de postos de emprego, como *v. g.* a demanda pelos produtos ou serviços decorrentes da contratação da mão de obra.

Em suma, os adeptos da flexibilização propõem nivelar a proteção da força de trabalho de um país por baixo, ou seja, diminuindo o nível de proteção à medida que mais pessoas se encontram fora da esfera de proteção. Desse modo culpam os trabalhadores formais pelo desemprego, considerando-os um seguimento populacional privilegiado, conforme esclarece a PNAD Contínua acerca da renda média dos 90% dos trabalhadores que ganham menos no ano de 2019 (IBGE, 2020).

Pouco se nota na academia a necessidade de organização social para a defesa dos interesses socialmente relevantes, que pode ser feita, inclusive, por meio da expansão da representatividade dos sindicatos e, especialmente, pela intervenção sindical nas dispensas coletivas (sendo relevante conceituar objetivamente em termos numéricos quando uma dispensa pode ser considerada coletiva).

Uma estratégia de representatividade já tem sido notada no movimento sindical, embora a maioria das iniciativas de ampliação da base busquem nela um fortalecimento meramente financeiro (e em alguns casos também fortalecimento político) de modo que não significam nenhuma inovação significativa relativa à prática no movimento sindical (Campos *et al.*, 2021, p. 343).

Um exemplo notável de ampliação da base de representação pelos sindicatos nesses moldes ocorre justamente em uma das categorias econômicas mais relacionada aos ideais flexibilizatórios propalados pelo neoliberalismo, uma categoria relativamente jovem (Pesquisa na região metropolitana de Recife-PR pelo SINDPD-PE em 2017 constatou que 72% dos trabalhadores da categoria no setor privado possuem entre 21 e 35 anos) e famosa por ser pouco afeita à negociação coletiva.

Trata-se dos trabalhadores em tecnologia da informação, também conhecidos popularmente como “trabalhadores digitais”. Sua representação sindical tem ampliado as bases, alargando as ocupações representadas, no setor público e no setor privado, abrangendo diversas ocupações, contratadas sob diferentes modalidades de contrato, inclusive com autonomia (trabalhador autônomo em geral), chegando a abranger os que adotam a forma empresarial (pessoa jurídica), especialmente os microempreendedores individuais (Bridi, 2021, p. 9-11). Esse fenômeno que, a priori, contraria a lógica da divisão em categorias, demonstra o quanto o discurso do empreendedorismo distorce a compreensão da realidade econômica na qual o proletariado se insere.

A pesquisa de Maria Bridi (2021) demonstra, ao fim e ao cabo, a importância de o sindicato conhecer sua base. Mostra o quanto foi útil a pesquisa realizada pelo SINDPD-PE para compreender quais eram as demandas da categoria, aquilo que mais os afligia e, propor uma pauta de reivindicações mais legítima e conseqüentemente mais forte, devido à maior adesão a temas como direito à desconexão (abrangendo ampliação do tempo de convivência familiar e preservação do tempo livre nos finais de semana) no âmbito da categoria.

Entretanto, a ausência de demanda sobre determinados fenômenos como a dispensa em massa não significa que sua regulamentação seja irrelevante para a categoria, pois trata-se de um fenômeno que requer uma certa previdência por parte da categoria. A lida com a dispensa em massa de maneira imediatista dificulta uma melhor tutela da segurança jurídica de parte a parte.

Apesar disso, compreender o perfil ideológico da base e suas demandas, nesse caso concreto, favoreceu a comunicação do sindicato com suas bases, seja pelos meios tradicionais (panfletos) ou mais modernos (aplicativos de mensagens e redes sociais) (Bridi, 2021, p. 9-12). Ocorre que, nem sempre, demandas relevantes, como a dispensa em massa, serão antevistas pela base da categoria. A lida com o tema diante de crises econômicas, de outra banda, é muito mais delicada.

Os defensores da flexibilização alegam que ela gera empregos. Porém, a reforma trabalhista de 2017, que foi implementada sob a promessa da geração de 6 milhões de empregos não conseguiu cumprir tal objetivo. Ela não gerou o acréscimo de empregos que prometeu, e nem poderia, pois a geração de empregos decorre de um conjunto de fatores que abrangem, segundo Reginaldo Silva (2021, p. 106), o aumento de investimento, a redução da taxa de juros, o câmbio equilibrado, novas tecnologias, acesso a mercados externos e outros. O que também pode ser um caminho a ser adotado diante da verificação pelo Estado de que estão ocorrendo muitas dispensas coletivas, mas a política pública de combate ao desemprego desborda os limites do objeto da presente pesquisa.

É preciso notar que a organização (lato sensu), inclusive a dos desempregados, fortalece a luta por direitos, o êxito dos movimentos sociais e mediatamente também a produtividade (ao favorecer o diálogo, evitando a necessidade de greves e a ocorrência de outros entraves). O planejamento e a regulamentação adequados garantem maior dinamicidade e favorecem o desenvolvimento econômico (embora não dependa exclusivamente de fatores internos, especialmente porque a eficiência da produção não é

suficiente para a eficiência do processo produtivo globalmente considerado (Silva, 2021, p. 106).

A organização social é ponto crucial na defesa de direitos sociais e no progresso delineado pelo modelo de sociedade de mercado capitalista, portanto favorece o diálogo e a convergência eventual de interesses do capital e do trabalho. Assim, facilita a lida com as externalidades do sistema capitalista, posto que se de um lado o lucro é importante, de outro, não há razão de ser de um progresso econômico às custas do padecimento da sociedade.

É por isso que a regulamentação da dispensa em massa precisa entrar na pauta dos movimentos sociais, pois afeta toda a sociedade e os bens jurídicos tutelados por diversos subsistemas jurídicos, embora a dispensa coletiva em si ocorra no âmbito das relações de Direito Coletivo do Trabalho.

Veja-se o exemplo da compreensão holística da atuação das coalizões de trabalhadores na atuação do Sindimoto na defesa de interesses de Autônomos e MEI's (Campos *et al.*, 2021, p. 374-375) e a interação com outros interesses convergentes, tais como os dos consumidores na utilização de EPI's pelos trabalhadores em supermercados e parte dos comerciários durante a pandemia de Covid-19, que tornou desnecessária maior fiscalização por parte dos sindicatos (Campos *et al.*, 2021, p. 379) e numa espécie de via de retorno.

É relevante notar, apesar disso, que as fiscalizações dos sindicatos dos comerciários quanto ao cumprimento dos protocolos de saúde (Campos *et al.*, 2021, p. 382) ajudou na retomada do comércio (e sua manutenção), em prol dos interesses de consumidores e comerciantes. Desse modo, cada categoria precisa ajustar sua atuação ao modo como as demandas se apresentam, mas todos devem estar atentos às demandas que costumam ficar ocultas por alguns períodos, como a dispensa coletiva.

A representação de diversos interesses sociais ganha relevância, dada a estreita relação dos direitos trabalhistas e das condições de trabalho com a questão social. A questão social, que já foi conceituada por diversos autores especializados no tema pode ser descrita como as condições de vida e de trabalho decorrentes do processo de industrialização, ou como uma ideologia que dá destaque ao trabalho humano levando em consideração os problemas causados pela pobreza, ou ainda que confia no progresso social e o promove para melhorar a condição dos operários, em certo momento considerados como sinônimo de pobres (Barbagelata, 2012, p. 17-18). Portanto, tutelar a dispensa coletiva é tutelar a questão social.

Essas noções remetem às correntes teóricas que são favoráveis em alguma medida ao intervencionismo estatal na economia, o que tradicionalmente recebem a oposição veemente dos teóricos liberais pró mercado, que consideravam tal intervenção como subversiva (Barbagelata, 2012, p. 19) e nos primórdios, era rechaçada inclusive pela igreja, que a considerava uma pregação contrária à ordem providencial da sociedade. Por isso a importância da Encíclica *Rerum Novarum* de Leão XIII (1891) e outras manifestações da igreja favoráveis à consideração da questão social (Barbagelata, 2012, p. 19). Mas não consideramos que regulamentar a dispensa coletiva seja uma restrição indevida à liberdade de contratar.

Evidentemente, legar tal tutela à intervenção sindical suscita atenção aos problemas de representatividade, como demonstram as entrevistas analisadas por Campos, explicitando que os movimentos sindicais sabem do problema de representação, que abrange, inclusive, os informais (estima-se que 1/3 dos comerciários, que representam 17% dos ocupados no Brasil, estejam na informalidade (Campos *et al.*, 2021, p. 367-368), problema este que precede a reforma trabalhista de 2017 (e se agudizou com ela).

Voltando a atenção para o mercado de trabalho brasileiro do início da década de vinte do Século XXI, nota-se que o foco atualmente tem sido direcionado para a representação dos entregadores por aplicativo/plataforma (Campos *et al.*, 2021, p. 349), mas isto não quer dizer que as fragilidades de representatividade não existam em categorias não plataformizadas pois qualquer modalidade de teletrabalho tende a atomizar os trabalhadores e fragilizar o laço de solidariedade que surge da identidade das agruras que os afligem.

No que toca à representação dos plataformizados, mister conhecer o posicionamento do “Grupo de Altos Estudos do Trabalho – GAET” favorável à representação desses trabalhadores (inclusive para fins de negociação coletiva, apesar da perspectiva precarizante que nega a caracterização do vínculo empregatício prevalecer atualmente na jurisprudência brasileira). O subgrupo do GAET, Liberdade Sindical, entende ser necessária a proteção previdenciária e o reconhecimento de direitos mínimos aos trabalhadores plataformizados, bem como defende que por emenda constitucional se reconheça para eles o direito de sindicalização e de negociação coletiva (Tôrres, 2021, p. 78-79), o que já é um início para uma futura proteção em face de dispensas massivas.

Uma perspectiva mais ampla do problema também já foi ao menos vislumbrada pelos movimentos sindicais, que relatam a pretensão de criar mecanismos de representação de autônomos, MEI e Trabalhadores de APP’s (apesar das dificuldades operacionais na paridade

correlacional que pode transcender um único sindicato patronal) (Campos *et al.*, 2021, p. 349). Mas pouco ou nada se fala acerca de mecanismos de defesa desses grupos em face de atos de natureza coletiva equivalentes à dispensa coletiva.

A defesa dos interesses desses autônomos economicamente dependentes, MEI, Trabalhadores por aplicativo e até trabalhadores em situação de desemprego parece ser estratégica no combate à precarização do trabalho. E a análise taxa de desemprego pode não ser um instrumento que contemple a heterogeneidade decorrente dos efeitos pontuais de uma dispensa coletiva em determinada região em razão de sua restrição geográfica e velocidade de acontecimento.

Por isso é importante sempre ter em mente a diferença entre desemprego e desocupação. Destaque-se que aproximadamente 1/3 dos comerciários estavam na informalidade em 2021 e que, o percentual de motofrentistas na informalidade que era de 67% em 2016 subiu para 71,8% em 2020, sendo que no mesmo período o número de ocupados nessa atividade no Brasil aumentou 39,2%. Portanto, o aumento da ocupação, não se traduz necessariamente no aumento de contratos formais. (Campos *et al.*, 2021p. 372).

É necessária uma política de governo nesse sentido. E o dado se torna mais assustador quando se sabe que apesar de ter crescido tanto o número de exercentes dessa atividade, seus rendimentos caíram nesse mesmo período (sendo digno de nota que em São Paulo há regulamentação municipal exigindo licença e obrigando os contratantes a fornecer EPI's, cursos de direção segura e seguro de vida a esses motofrentistas) (Campos *et al.*, 2021, p. 372).

A situação dos trabalhadores informais torna premente a necessidade de estratégias que defendam de maneira conjunta, ou ao menos coordenada, os interesses de trabalhadores empregados e trabalhadores não-empregados. Os movimentos sindicais têm adotado, além de mecanismos alternativos de representação, as estratégias de: i) ir aos bairros de moradia para assistir aos trabalhadores em home office, ii) articulação com entidades internacionais e com movimentos sindicais internacionais, iii) espaços organizativos por setor econômico, iv) mudanças estatutárias, v) alterações na composição da direção das entidades, vi) eleição de representantes no local de trabalho, vii) campanhas de esclarecimento e uso de redes sociais, e até mesmo viii) fusões e compartilhamento de estruturas (Campos *et al.* 2021, p.339-340; 344; 350-352)

Apesar de haver coordenação nas estratégias de atuação sindical, as divergências também estão presentes nessa realidade. A divergência entre representantes reflete a divergência das bases, que chegam a adotar a perspectiva neoliberal da manutenção da desregulamentação com relação aos entregadores por plataformas eletrônicas por temerem gerar “desemprego” ao aumentar o custo desse serviço que vem absorvendo muitos trabalhadores que poderiam estar em situação de desemprego/desocupação durante esse momento de crise econômica.

Mas nada se fala sobre proteção em face de dispensas coletivas. Se houvesse essa proteção, certamente esses trabalhadores não estariam com medo de terem seus direitos reconhecidos. Destaque-se que essa negativa de direitos mínimos aos trabalhadores plataformizados não é a tendência mundial, pois como veremos posteriormente, tribunais de inúmeros países têm decidido a favor da aplicação da legislação trabalhista a esses trabalhadores. Nesse sentido, Kalil e Castilho citam EUA (Califórnia), Reino Unido, Espanha, França, Uruguai, Holanda, Itália e Chile (Campos *et al.* 2021, p. 112).

No mesmo sentido, de ampliação do âmbito de incidência efetiva da legislação trabalhista, considerando a previsão teórica legislativa, ou seja, efetivar a legislação trabalhista nacional superando os preconceitos com as “novas” atividades, A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Parecer Consultivo nº 27), exatamente nesse contexto destacou que devem ser levados em conta os critérios de universalidade e irrenunciabilidade de direitos trabalhistas, para garantir o trabalho digno e decente, mencionando ainda a necessidade da adoção de medidas para reconhecer como empregados aqueles que de fato o são, nos termos de cada legislação nacional (Kalil; Castilho, 2021, p. 112).

Porém, mesmo com os esforços envidados pelas sindicatos, e com as ações unificadas das coalizões de trabalhadores e, não obstante as divergências político-ideológicas dentro do movimento sindical (Campos *et al.* 2021, p. 351), que vão desde opiniões opostas quanto às melhores estratégias de defesa dos trabalhadores, até o apoio ou repúdio ao Impeachment/golpe de 2016 (Campos *et al.* 2021, p. 327), os próprios representantes dos movimentos sindicais concluem que ainda não há um salto organizativo (Campos *et al.* 2021, p. 354). Salto esse que, ao menos potencialmente, seria capaz de combater a exploração de trabalhadores informais, e que **poderia proporcionar uma lida mais exitosa com as dispensas em massa.**

A realidade das lutas sindicais, entretanto, tem sido árida. Principalmente pelo contexto geoeconômico em que o Brasil se insere, enquanto produtor de commodities

economicamente dependente, que pode se posicionar melhor contra a tendência de precarização da mão de obra, mas que não esboça reação capaz de reverter essa tendência expressa num processo contínuo, longo e veloz de desindustrialização que leva à pergunta: onde os bons empregos estão sendo gerados? (Silva, 2021, p. 107).

Diz-se isso porque na prática, as pesquisas do CESIT têm apontado para uma fragmentação das categorias profissionais e para o enfraquecimento das lutas sindicais em razão de três fatores, todos oriundos da Reforma Trabalhista de 2017: i) o incremento de formas contratuais precárias no dia a dia do mercado de trabalho (intermitente e em regime de tempo parcial); ii) Ampliação da terceirização, que retira identidade do trabalhador; iii) negociações diminuidoras do papel dos sindicatos. A Flexibilização gera quebra da solidariedade, afetando a construção da identidade coletiva da classe trabalhadora (Krein *et al.*, 2021, p. 23).

É de se destacar o fenômeno da precarização no contexto da presente pesquisa pois, a dispensa coletiva é fator de intensificação da precarização da mão de obra pois a tendência decorrente do princípio da proteção e do princípio da continuidade da relação de emprego é de que contratos mais antigos ensejem melhores condições de trabalho. Ademais, a mesma lógica rege o instituto da equiparação salarial e a rotatividade de mão de obra é sabidamente um instrumento de redução salarial por via transversa. Diante desse panorama justtrabalhista, a dispensa coletiva precisa ser encarada também como uma via robusta de regressão no patamar civilizatório contratual alcançado por uma determinada coletividade de trabalhadores.

Apesar do legislador infraconstitucional, pela Reforma Trabalhista, ter tentado alijar de qualquer proteção a dispensa coletiva de maneira literal, afastando qualquer tipo de limitação adicional a esse fenômeno social com amplos efeitos indesejados, o TST desde 2009 se mostrou favorável a alguma limitação. Mas a legislação não possuía regras específicas nesse sentido, apenas normas abertas, como as normas-princípio.

Apesar dessas normas, os dados apresentados pelo CESIT apontam que nunca houve vedação à dispensa coletiva no Brasil (trataremos das divergências jurisprudenciais sobre o tema no momento pertinente), ao argumentar que entre 2015 e 2016 foram destruídos mais de 2,8 milhões de postos de trabalho (Krein *et al.*, 2021, p. 24). Destaque-se que a reinserção desses trabalhadores, se ocorrer, provavelmente se concretizará mediante um contrato menos vantajoso, quiçá precário.

Sob a ótica do mal menor. Considerando a tendência flexibilizatórias criada pela prevalência do negociado sobre o legislado em contexto de crise econômica a partir de 2017. Em verdade as dispensas em massa são um mal incessantemente combatido pelos sindicatos, que diante das pressões do mercado e da ideologia neoliberal, têm recentemente pactuado medidas flexibilizatórias em busca de manter contratos de emprego, mormente diante do contexto pandêmico de covid-19 a partir de 2020, como adiantamento de férias, suspensão de contrato de emprego e, a redução de jornada e salário (incluindo vale-refeição e vale-transporte) (Campos *et al.*, 2021, p. 383-384).

A rotatividade de mão de obra, comum num contexto de pouco estímulo à manutenção de vínculos empregatícios e ao mesmo tempo de pouco desestímulo a ruptura de vínculos empregatícios (diante da compreensão de que se trata de um direito potestativo do empregador independentemente de justa causa), se correlaciona com um déficit no treinamento (ou no aproveitamento do treinamento dado) assumindo a forma de custo sem retorno econômico. O que é ruim para a qualificação da mão de obra e para os resultados do setor produtivo como um todo.

Baylos e Rey (2009) destacam que o regime jurídico da despedida é um aspecto capital do Direito do Trabalho e que cumpre uma função ambivalente no contrato de trabalho. Pois o pronunciamento judicial acerca de uma dada extinção constitui uma garantia para o trabalhador. Mas a regularização da dispensa por meios extrajudiciais (por exemplo, pena negociação coletiva que conceda quitação geral do contrato de trabalho) pode funcionar como fator dissuasório da judicialização dessa rescisão (o que para esses autores pode significar uma menor efetivação de direitos assegurados (Baylos; Rey, 2009, p. 89-90).

Os autores também criticam a qualificação jurídica que se pode dar às dispensas diante das limitações que a ordem jurídica impõe à apreciação judicial de dispensas. Como é o caso das punições (em especial as dispensas) disciplinares que, também aqui no Brasil, não podem ser redimensionadas pelo magistrado, apenas podendo ser declaradas regulares ou nulas.

A perspectiva dos autores nos alerta para o fato de que o ônus do passar do tempo e do eventual transcorrer do processo judicial pesam sobre o trabalhador diante dos atos de dispensa. E isso deixa clara uma opção feita pelo legislador em assegurar e proteger a gestão empresarial em face dos direitos do trabalhador no plano individual. Essa dinâmica cumpre outra função normativa, que não é a proteção do trabalhador (Baylos; Rey, 2009, p. 91-92), por isso, não parece recomendável que a mesma dinâmica seja aplicada a um ato jurídico tão potencialmente lesivo, como é a dispensa coletiva.

O negativo da regulamentação das dispensas repercute nos treinamentos e acarreta aumento das taxas de acidentalidade laboral. Entretanto, numa análise mais a longo prazo ainda, ela serve de estratégia para ajuste (redução impessoal) dos salários (Krein *et al.*, 2021, p. 26), ou seja, uma redução dos níveis salariais praticados no mercado sem que haja redução nominal do valor do salário de algum empregado durante a vigência de um dado contrato de emprego (ressalvadas as diminuições salariais diretamente violadoras da irredutibilidade salarial e que são feitas em frontal descumprimento da lei).

Os altos índices de rotatividade, além de representarem custo para a empresa, repercutem negativamente na coletividade obreira por afetar a motivação dos trabalhadores e dificultar a formação de vínculos de solidariedade, eliminando sua sensação de pertencimento e enfraquecendo as organizações sindicais (Krein *et al.*, 2021, p. 30).

Pesquisa realizada por meio de entrevistas estruturadas e *survey* (Campos *et al.*, 2021, p. 334) com dirigentes sindicais e dirigentes de centrais sindicais relatam que a representação no âmbito dos trabalhadores precarizados ainda é muito baixa. E historicamente existe essa dificuldade de integrar esses grupos às organizações sindicais de modo que embora alguns sindicatos relatem se empenhar em expandir sua atuação para abranger mais trabalhadores terceirizados, intermitentes e em regime de tempo parcial, o percentual de delegados que os representem nas centrais sindicais ainda é baixo (10,7% da CSP-Conlutas e 21,6% da CUT) (Campos *et al.*, 2021, p. 343-344). Como ressaltado, esses não constituem o único campo fértil para uma expansão da representação sindical com vistas à lida com a dispensa coletiva.

Essa estratégia de expansão da base, possui importância acentuada no atual momento histórico, pois o trabalho precarizado tem se expandido rapidamente, abrangendo principalmente mulheres (41,2% contra 24,7% de homens) e setores de educação, saúde e serviços sociais, se tornando uma tendência no mercado, inclusive na Europa, especialmente após a crise econômica de 2008 (Krein *et al.*, 2021p. 36-37).

A terceirização, tradicional via de precarização de mão de obra, tinha como justificativa originária incumbir empresas especializadas das atividades meio de uma empresa para a realização mais eficiente desse mister. Historicamente tem sido utilizada para reduzir o valor dos salários dos trabalhadores do setor (enquanto meio oblíquo para o ajuste dos salários aos interesses do Capital) e como manobra jurídica para escapar da responsabilização pelo passivo trabalhista usando a empresa interposta (e seu patrimônio) como escudo.

Porém merece destaque (do ponto de vista coletivo) o seu efeito de desagregação da categoria profissional, dispersando os trabalhadores, dividindo e contrapondo seus interesses e condições de labor a partir das diferentes estratégias empresariais de utilização da mão de obra. Esse fenômeno tende a atingir justamente categorias que embora menos qualificadas, conquistaram direitos e benefícios coletivamente (Krein *et al.*, 2021, p. 39). Comumente é necessária para a transformação da estrutura empresarial mediante terceirização, a realização de dispensa coletiva.

Aparentemente os sindicatos encontram dificuldades para lidar com esse efeito de desconstrução das categorias profissionais que resulta das atuais estratégias empresariais (Krein *et al.*, 2021, p. 39). Embora haja um mecanismo que a Reforma de 2017 previu (Art. 5º-D da Lei 6.019/74<sup>11</sup>) para amenizar o uso oblíquo da terceirização para fins de rebaixamento geral dos salários interpondo pessoa jurídica a que o trabalhador estará formalmente vinculado, este é claudicante.

Diz-se isso porque justamente quando bem aplicado, no contexto social das pequenas cidades em que a mão de obra local é escassa e o desemprego em massa pode ter impactos socioeconômicos graves, a impossibilidade de recontração do empregado dispensado da empresa principal por intermédio da empresa contratada (terceirizada) acaba transmutando-se numa modalidade de dispensa em massa mediante a contratação de trabalhadores migrantes de outras localidades<sup>12</sup> para preencher os “antigos postos” no estabelecimento da empresa tomadora/principal, porém, com vínculo terceirizado.

Essa lógica vai de encontro à busca por reinserção dos dispensados coletivamente no mercado de trabalho, comumente sugerida como ferramenta para amenizar os efeitos da dispensa coletiva mediante negociação coletiva decorrente de intervenção sindical prevista na constituição e efetivada em face das dispensas coletivas de acordo com a decisão do STF no tema 638 de repercussão geral.

Há ainda o óbice financeiro, pois após a reforma de 2017 os sindicatos lutam contra a brusca redução de suas receitas (redução entre 97% e 98% do valor dos repasses do governo aos sindicatos (Campos *et al.*, 2021, p. 323), buscando outros meios de custear suas

---

<sup>11</sup> “Art. 5º-D. O empregado que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado” (Brasil, 2017).

<sup>12</sup> Sindicatos que representam trabalhadores da RNEST lutam pela priorização na contratação de trabalhadores locais. (Freitas, 2016).

atividades, enquanto seu papel restou reduzido com a eliminação da necessidade de homologação de rescisões contratuais empregatícias cuja duração tenha superado um ano.

Os representantes de movimentos sindicais temem que a representação interna (e independente) em cada empresa (Regulamentada pela Reforma Trabalhista de 2017) deixe o sindicato cada vez mais distante do dia a dia do trabalhador, abalando sua legitimidade e enquanto isso, sente que a categoria é afetada pelas novas regras que possibilitam que o empregado se sinta pressionado a abrir mão de direitos, seja na condição de trabalhador (supostamente) hiperssuficiente ou quando demandado de assinar termo de quitação anual de verbas trabalhistas (Krein *et al.*, 2021, p. 41). Desse modo o trabalhador, mesmo não sendo teletrabalhador, segue se desagregando e se tornando mais vulnerável em face das dispensas coletivas.

Os contra-argumentos do CESIT em face da reforma de 2017 relatam o quanto os sindicatos foram propositalmente fragilizados com essas medidas (embora haja registro de que há apoio ao governo e suas medidas “neoliberais” (Campos *et al.*, 2021, p. 390) por parcela da categoria, não se tratando apenas de divergência pontual à esquerda, mas de cooptação político-ideológica de parcela da população trabalhadora (Campos *et al.*, 2021, p. 354).

Há um destaque negativo para os efeitos da reforma na intensificação da fragmentação das bases, prevalência do negociado, inversão da hierarquia dos instrumentos normativos coletivamente negociados, eliminação da ultratividade, prevalência da negociação individual com hiperssuficientes (embora sejam poucos e trabalhem para grandes empresas [CESIT, 2017, p. 60-61]), representação independente nos locais de trabalho (que pode concorrer com os sindicatos (Krein *et al.*, 2021, p. 62), enfraquecendo-o e, redução dos recursos financeiros do sindicato aliada à burocratização da obtenção de receita (Krein *et al.*, 2021, p. 55).

Há que se ressaltar que a proposta de expandir a abrangência da representação sindical não é incontroversa, pois há vozes nos movimentos sindicais que apoiam as mais diversas medidas ou estratégias para a defesa desses interesses (ainda que em menor número). Havendo, inclusive, aqueles que não se sentem representados por tais organizações, que discordam, por exemplo, quanto ao reconhecimento de vínculo empregatício para os entregadores por aplicativos (Campos *et al.*, 2021, p. 386).

Essas divergências ocorrem por diversos motivos. Seja porque apoiam medidas de extrema direita (especialmente os sindicalistas menos propensos ao trabalho de base)

(Campos *et al.*, 2021, p. 390), porque votaram e apoiam o ex-presidente Jair Bolsonaro (p. 354), ou porque estão mais alinhados aos ideais neoliberais.

Nesse sentido, à luz do direito internacional, constitucional, civil e trabalhista, há no mínimo três posições que vêm se firmando em torno da questão: a) há quem defenda a existência de vínculo de emprego entre as referidas partes; b) há quem preconize que se trata de verdadeiro trabalho autônomo e independente e c) há, por fim, quem perceba que essas relações, em razão de sua novidade, se encontram num limbo, demandando a necessidade de criação de uma nova figura jurídica. Para os defensores das duas últimas correntes a insistência na configuração de uma típica relação de emprego tornaria inviável o modelo de negócios da nova economia (Tôres, 2021, p. 75)

As adversidades elencadas, por outro lado, têm fomentado uma maior união e um maior ativismo nos movimentos sindicais (Campos *et al.*, 2021, p. 389), mas as questões relacionadas ao melhor modelo de representação sindical (inclusive em substituição à unicidade sindical) estão muito longe de se encontrarem superadas (Campos *et al.*, 2021, p. 346). Assim como a definição das melhores estratégias para defender os interesses da classe trabalhadora diante das investidas do “mercado” e do Capital também não estão superadas, de modo que será preciso, a despeito do fomento à negociação coletiva, delinear as estratégias para alinhar ou coordenar os interesses obreiros com os interesses de outros grupos sociais, expandindo a influência política.

Porém, alcançar esse estado de coisas exige a inversão do fluxo atual, que é de evasão dos trabalhadores sindicalizados. André Gambier (2021), ao tratar do tema da sindicalização, explica que desde 2013 a taxa de sindicalização no Brasil está em retração, sendo que tal tendência, anterior à reforma trabalhista, recrudescer com ela (embora não possa ser desprezada como possível fator concomitante, a influência político-ideológica da campanha política com forte conteúdo contrário aos sindicatos nas eleições de 2018 diante da multiplicidade de hipóteses explicativas).

Desse modo, em 2018 e 2019, conforme dados do PNAD-C/IBGE, o número de trabalhadores sindicalizados no Brasil caiu respectivamente 1,55 milhão e 0,95 milhão com relação ao ano anterior (Gambier, 2021, p. 19-20). Ou seja, provavelmente limitar a dispensa em massa pelo procedimento que demanda intervenção sindical com vistas ao diálogo (e à negociação coletiva, que não necessariamente precisa acontecer como condição para a licitude da dispensa), não será solução suficiente para eliminar os efeitos nocivos decorrentes dessas dispensas coletivas. Será necessária uma análise da efetividade dessa ferramenta à luz da representatividade e do equilíbrio de forças sociais que foge ao objeto desta pesquisa, mas que não pode ser ignorado.

Essa evasão de trabalhadores sindicalizados mediante desindicalização representou uma diminuição do percentual de trabalhadores sindicalizados com relação ao total de trabalhadores ocupados no Brasil naqueles anos. A redução foi de 1,5 ponto percentual em 2018, bem como 1,7 ponto percentual em 2019. Sendo que mesmo naquelas categorias que tradicionalmente possuem muitos trabalhadores sindicalizados, como a indústria de transformação, administração pública, transportes e correios, houve a concretização dessa tendência (Gambier, 2021, p. 19-20).

Em resumo, a análise de Gambier a respeito dos dados coletados pelo IBGE conclui que a sindicalização recuou quase um terço no Brasil em sete anos, sendo que apesar de não ser possível, com base nos dados analisados por ele, afirmar que a reforma trabalhista seja a principal responsável por essa retração, ele elenca as causas mais prováveis, que incluem as crises econômicas de 2015/2016 e 2020/2021, o aumento do número de contratos de trabalho de curta duração e, é claro, a reforma trabalhista de 2017.

Deve-se dar destaque, contemporaneamente, à fragmentação dos trabalhadores gerada pela terceirização e pelo teletrabalho (que a reforma de 2017 buscou intensificar), bem como às dificuldades de obtenção de recursos financeiros pelos sindicatos (seja oriunda da exigência da Lei 13.467 de que haja autorização prévia e expressa, eliminando a compulsoriedade do pagamento ou em decorrência do entendimento mantido pelo STF no sentido da inconstitucionalidade da cobrança de contribuição negocial de não filiados, ainda que instituída por negociação coletiva e ainda que os trabalhadores tenham sido beneficiados pela negociação coletiva), que inviabilizam mobilizações e busca por mais afiliados (Gambier, 2021, p. 20-22).

O mesmo STF, que chancelou a terceirização na atividade fim e o fim da compulsoriedade do antigo “imposto sindical” engendrados pela reforma de 2017, em 2023 legou à organização sindical a missão de participar das dispensas coletivas mediante intervenção voltada pra o diálogo mas sem obrigatoriedade de firmar acordo ou convenção coletiva.

Os sindicatos, combatidos, deverão se organizar para atender esta demanda como únicos mecanismos de filtragem das dispensas coletivas, a despeito da omissão do legislador infraconstitucional, que acarreta a missão inglória do STF ter que lidar com o tema espinhoso no âmbito do tema 638 de repercussão geral, havendo alguma probabilidade desagradar ambos os polos atingidos pela decisão.

### 2.3 SINDICALISMO E INDÚSTRIA/TRABALHO 4.0

A análise dos estudos do CESIT (2021, *passim*) e de Denise Dau (2021, *passim*), permite comparações entre os períodos pré e pós Reforma Trabalhista de 2017, gerando uma compreensão satisfatória acerca do ambiente ao qual o sindicalismo terá que se adaptar diante das inovações tecnológicas. No contexto em que atualmente a sociedade se encontra, não se pode desprezar a agudização da tendência flexibilizatórias da legislação social (especialmente a trabalhista) e a crise sanitária com graves efeitos econômicos, que decorre da Covid-19. Esses fatores influenciam diversos fenômenos sociais e repercutem diretamente no mercado de trabalho, abrindo flancos para o avanço do mercado sobre zonas de resistência da classe trabalhadora.

Nesse contexto, a manutenção de postos de emprego se tornou um valor importante a ser tutelado, entretanto, se tornou moeda de barganha nas investidas flexibilizatórias da legislação trabalhista e legitimadoras de normas da reforma trabalhista que inicialmente foram rejeitadas pela classe trabalhadora, ou seja, a contragosto, a classe trabalhadora tem permitido que a negociação coletiva ratifique normas em seu desfavor, em face do temor ao desemprego massivo, que já se fazia presente mesmo antes da pandemia de Covid-19, em função da fase de financeirização em que se encontra o capitalismo nesse início de Século XXI e da velha conhecida “tecnologia eliminadora de postos de emprego”.

Nesse contexto, uma tendência já se apresentava mesmo antes do advento da referida pandemia. Pesquisas apontam que em diversos contratos coletivos foram pactuadas normas de ratificação da possibilidade de empregados e empregadores individualmente firmarem contratos de trabalho intermitente (em quase 60% das negociações coletivas pesquisadas pela CESIT entre 2016 e 2019), sendo que quanto aos temas terceirização e trabalho autônomo, verifica-se um fenômeno similar, mediante reprodução do que está previsto na legislação, de modo que a negociação coletiva vem fazendo as vezes de uma ferramenta de incremento de segurança jurídica para as empresas (ressalvada a manutenção de cláusulas de acordos e convenções anteriores que restringem o campo de aplicação da terceirização atualmente previsto na Lei 6.019/74) (Colombi *et al.* 2021, p. 16-17).

Esses movimentos de flexibilização por meio de negociação coletiva passaram a ocorrer com maior frequência mediante a abordagem de temas relacionados às formas de contratação de empregados para uma situação econômica, jurídica e socialmente mais

instáveis e com menos direitos, formas estas que passaram a ser permitidas ou foram reformuladas pela reforma trabalhista de 2017, a exemplo da contratação em regime de tempo parcial, mediante contrato intermitente ou na condição de autônomo (especialmente o exclusivo, nos moldes da Reforma de 2017 [Art. 442-B, CLT]), conquanto não sejam tão frequentes nas negociações coletivas quanto o tema terceirização, pois a característica de insuficiência dos mecanismos de dissuasão da alta rotatividade de mão de obra, tornam esses mecanismos supérfluos e dispensáveis para os interesses do mercado e do capital (Colombi *et al.* 2021, p. 187).

Nesse contexto de flexibilização de direitos e de redução do patamar civilizatório a partir da negociação coletiva legitimadora da exploração da força de trabalho como se fosse mero curso da produção, se nota uma dificuldade prática para a utilização da negociação coletiva como meio para a implementação de ferramentas que minimizem os efeitos da dispensa coletiva.

De outra banda, várias flexibilizações de direitos almejam, ao fim e ao cabo a manutenção de postos de emprego, o que pode ser interpretado como mecanismo de prevenção de dispensas coletivas. Esse cenário também deixa em aberto a possibilidade de que, diante da inevitabilidade da dispensa coletiva, ou seja, da eliminação de postos de emprego, não haja razão para que a negociação tome o rumo da flexibilização, de modo que o diálogo decorrente da negociação como consequência da interveniência sindical mitigue os efeitos deletérios da dispensa, como se espera a partir de uma análise desse fenômeno em tese.

### **3 EPISTEMOLOGIA E ANÁLISE SISTÊMICA DA DISPENSA EM MASSA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA**

Para que se possa analisar de maneira completa o fenômeno na dispensa coletiva, são imprescindíveis bases teóricas e filosóficas que forneçam o suporte teórico necessário para compreender as discussões que permeia o objeto da presente pesquisa de maneira interdisciplinar.

O tema já é interdisciplinar por natureza, contemplando diversos aspectos sociais e econômicos que transbordam a análise jurídica ou jurídico-filosófica isolada. A confirmação dessa premissa pode ser extraída da análise das jurisprudências sobre dispensa coletiva, seja no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, Do Tribunal Superior do Trabalho e até mais recentemente do julgamento do Tema 638 de Repercussão Geral do STF, pois diversos aspectos que serão tratados e aprofundados neste capítulo são adotados nesses relevantes precedentes como pressupostos.

#### **3.1 PRINCIPIOLOGIA JURÍDICA E SISTEMA JURÍDICO**

Para estudar a fundo o tema da dispensa coletiva à luz dos direitos fundamentais, se faz imprescindível uma análise mais acurada acerca do funcionamento do sistema normativo no âmbito dos direitos fundamentais. Considerando que o sistema jurídico brasileiro, assim como o sistema de direitos fundamentais a ele inerente constituem-se em sistemas mistos, ou seja, não são sistemas puros de regras nem sistemas puros de princípios, o que inclusive é o tipo de sistema mais indicado segundo Alexy (2017), mister compreender como essas espécies normativas se distribuem e atuam nesse sistema. Ressaltar-se-á a compreensão de sistema Luhmanniana descrita por García (2005, p.17; 30), considerando os sistemas sociais como sistemas de sentido baseados na organização da experiência de diferença/diferenciação.

Não se pode perder de vista que existem duas perspectivas doutrinárias acerca dos sistemas de princípios. Uma sistemática referida pela doutrina como principioologia como tese teórico-normativa e outra sistemática referente a sua aplicabilidade no âmbito dos direitos fundamentais. Esse é o panorama referido por Alexy (2011, p. 19-20) ao se referir às lições do professor Martin Borowski.

Vale ressaltar que na doutrina nacional consultada, não se tem feito tal distinção. Tal ausência pode ser explicada pelas naturais diferenças entre os sistemas jurídicos dos países de origem dos juristas cujas pesquisas fazem parte do referencial teórico utilizado nessa obra ou das limitações do senso comum teórico no atual estágio de desenvolvimento dos estudos jurídicos em na sociedade brasileira. Entretanto, não se descarta a possibilidade de que no decorrer da pesquisa sejam constatadas diferenças entre o sistema jurídico nacional e outro sistema jurídico (estrangeiro) que mereçam ser apontadas, o que certamente se fará por apreço à zetética. Entretanto, a princípio tal discussão se faz prescindível para o desiderato inerente ao objeto desta pesquisa.

Há que se ressaltar que no contexto pós-positivista, o Direito adquire uma roupagem moderna por meio da qual os princípios ganham lugar de destaque dentro do ordenamento. Embora antes não se negasse sua relevância, no positivismo, a figura dominante da subsunção e a pretensão de completude das codificações se sobressaiam. Ressalte-se que tal mudança de paradigma, poderia ser abordada com base nas descrições de Dário acerca da teoria dos sistemas constantes do prefácio da obra *El Derecho de la Sociedad* como uma mudança nas construções que envolvem as regras de decisão necessárias para a atribuição de valor (lícito/ilícito) a partir do código próprio do sistema do Direito, gerando uma modificação do seu marco programático (Luhmann, 2005, p. 48).

Diante da elevação da posição ocupada pelos princípios e da relativização de dogmas extremamente sólidos para o Direito e sua aplicação, o Direito tomou uma nova roupagem nas últimas décadas. São várias as causas dessa mudança substancial, entretanto, é possível descrever genericamente os Neoconstitucionalismos (apontados por Daniel Sarmento com o significado originariamente atribuído por Miguel Carbonell – no sentido da mudança substancial na doutrina constitucionalista pós segunda guerra mundial, tendo em vista as diversas especificidades dessa tendência, que são destacadas de modo diferente a depender do autor Neoconstitucionalista que se adote – (Sarmiento, 2009, p. 33) e a constitucionalização do Direito como alguns dos fatores que trouxeram essa transformação.

Examinando mais fundo, pode-se atribuir até mesmo a todos os fenômenos decorrentes do neoconstitucionalismo a qualidade de respostas ao agigantamento dos poderes executivo e legislativo na modernidade (ou pós-modernidade) como bem justifica Mauro Capeletti (1993).

A Complexidade do direito exige do seu operador cognição e sistematização dos enunciados e das normas para sua melhor aplicação aos fatos jurídicos. Talvez esse fato

justifique a tendência dos juristas em classificar e sistematizar os institutos jurídicos, bens, ramos do direito, etc. A complexidade pode ser compreendida a partir de diferentes perspectivas, à exemplo da teoria da complexidade de Edgar Morin, considerando que a complexidade, dentre inúmeras outras relevantes características exige a compreensão de que o todo não equivale, mas transcende à soma de suas partes, de modo que “o todo está na parte, que está no todo” (Morin, 2005, p. 75).

Desde uma perspectiva Luhmanniana, Dário explica a complexidade a partir de Luhmann como sendo uma característica do ambiente dos sistemas e um pressuposto do surgimento de um sistema, caracterizando-se como condição de possibilidade dos sistemas, que buscam reduzi-la no ambiente, embora ela não seja uma dificuldade ou um perigo para a sobrevivência do sistema, pois este, ao reduzir a complexidade do ambiente, vai tornando a si mesmo mais complexo, formando um gradiente de complexidade entre sistema e ambiente (Luhmann, 2005, p. 29)

Para entender o Direito, que, segundo García (2005), era a pretensão de Luhmann (pois não pretendia justificá-lo) (Luhmann, 2005, p. 20), exige-se a compreensão do exercício de aferição da natureza jurídica dos elementos envolvidos na presente pesquisa. Vale destacar que a verificação da natureza jurídica constitui atividade de apreensão do conteúdo e a organização de algo ao lado de seus semelhantes, como explica Delgado (2012). Tal sistematização facilita didaticamente a “compreensão do todo” nesse emaranhado de elementos similares que estão disponíveis para o estudioso do Direito. Dentre esses elementos que serão estudados é possível encontrar **uma plethora de princípios que estão dispostos no ordenamento jurídico** no âmbito constitucional e infraconstitucional.

O “como” esses princípios estão dispostos no ordenamento e “qual” seu efeito específico nas possibilidades de atuação singular do poder judiciário diante de relações jurídicas estáveis, considerando a finalidade do direito (que numa perspectiva Luhmanniana, segundo Garcia (2005), possui a função, enquanto sistema jurídico, de assegurar expectativas diante de decepções possíveis (Luhmann, 2005, p. 53), serão aspectos a serem elucidados no decorrer dessa pesquisa. Justificando como se concebe atualmente (ao contrário de outrora) ser possível ao Judiciário dar nova conformação a uma relação jurídica ou a um contrato não obstante coberto pelo axioma do *pacta sunt servanda* ou protegido pelo instituto do “ato jurídico perfeito” a partir da ótica jusfilosófica que faz parte do recorte do objeto desse estudo e considerando o papel da segurança jurídica no subsistema do Direito.

### 3.1.1 O sistema jurídico dentre outros sistemas

Para ficar mais claro o caminho a ser percorrido e possibilitar um diálogo mais franco com o leitor, se faz necessária uma observação ampla do sistema jurídico. Essa observação distanciada, e por isso mais ampla, que o concebe enquanto um sistema dentre outros sistemas (subsistema) é visualizada com base na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Essa concepção do sistema jurídico é abordada com maestria por diversos autores, dentre eles, Celso Campilongo (2002), que ao descrever a teoria Luhmaniana, a defende de críticas, situando o sistema jurídico dentro de outro sistema macrosistema – o sistema da sociedade moderna global – e ao lado de outros tantos, como o político e o econômico.

Dário destaca que a teoria de Luhmann explica essa divisão em subsistemas, uma vez que os subsistemas podem surgir no interior dos (sub)sistema(s) social(is), gerando seu próprio sentido e fechando-se operacionalmente com relação aos sistemas que o rodeiam (Luhmann, 2005, p. 35), seja esse entorno formado pelo sistema social global ou por outros subsistemas, pois, como destaca Léo, para cada subsistema, tudo o que não é observado por ele como parte de si mesmo (auto-observação), é diferenciado mediante a adjetivação de “elemento externo”, compondo, a partir dessa lógica, o ambiente do sistema (Rodrigues, 2008, p. 112).

Explica Dário, que essa diferenciação em subsistemas ocorre quando, em determinado momento, o sistema, ao atuar sobre seu próprio resultado mediante uso de autorreferência, passa a diferenciar seus elementos internos mediante a seleção sistema/ambiente (sistema/entorno) de modo que realiza essa operação de maneira recursiva, ou seja, atuando sobre seu próprio resultado, e dessa maneira, observa qualquer evento que tenha lugar na sociedade como elemento interno ou externo (Luhmann, 2005, p. 40).

Entretanto, esse subsistema não se confunde com o sistema da sociedade global, por ter finalidade diversa. Essa nova finalidade é chamada de diferenciação funcional, ou seja, o subsistema exerce uma outra função. Ele vai solucionar um problema da sociedade global, e apenas ele ficará encarregado de tal função. Desse modo, um subsistema não ajuda nem substitui outro subsistema, e sempre que lançar seu olhar sobre o ambiente (ex.: o sistema global) o fará sob as lentes do seu código binário, que só ele possui, como se fosse ao mesmo tempo seu idioma e sua impressão digital (Luhmann, 2005, p. 46-47).

Dário aponta que todo o sistema social e seus subsistemas são pautados na comunicação, que é a operação essencialmente social por necessitar de ao menos duas

peças, sempre produzida no interior do sistema e, cujo sentido é sempre intersubjetivo (Luhmann, 2005, p.33-34;36). É sobre a comunicação que se constitui a complexidade (Luhmann, 2005, p. 27), comunicação que é a operação própria da autopoiése<sup>13</sup> da sociedade como sistema (Luhmann, 2005, p. 37). Campilongo (2002) salienta a concepção de Luhmann ao situar o sistema jurídico dentre outros sistemas, destacando que, assim como os demais subsistemas, ele atua de maneira fechada operativamente, porém com uma abertura cognitiva.

Isso basicamente quer dizer que mediante sua linguagem própria (código binário lícito/ilícito ou direito/não-direito) e no seu espaço de atuação (ambiente<sup>14</sup>), o sistema jurídico trabalha exclusivamente com seus métodos operacionais, o que lhe diferencia dos demais sistemas, como por exemplo o político, que por sua vez trabalhará com seu próprio código (político/não político). Entretanto, aquilo que ele pode conhecer, ou seja, os “objetos” que serão processados nesse método singular, são reconhecidos em seu ambiente mediante uma diferenciação (autorreferência/auto-observação) que percebe que o ambiente não se confunde com o sistema (Luhmann, 2005, p. 37), e assim, nessa operação, não observa a si próprio, pois se diferencia do ambiente e interpreta os elementos do ambiente conforme seu código, bem como excepcionalmente seus processos e operação (Teubner, 2011, p. 36) exsurtem da irritação (pontos de contato) com outros sistemas.

Diz-se isso porque o fechamento operativo não significa que os subsistemas não possuam interdependências necessárias, uma vez que eles podem observar o seu entorno interno ao sistema social global, além do sistema social global e de si mesmo (Luhmann, 2005, p. 48-49). Ademais, Dário destaca que tem aumentado o contato e a interdependência entre os subsistemas (Luhmann, 2005, p. 51), que controlam sua sensibilidade, podendo se irritar com algum evento observado em outro subsistema conforme hajam se configurado para serem sensíveis a certos eventos, embora não a outros (Luhmann, 2005, p. 32).

Não se pode deixar de asseverar, entretanto, que embora não haja hierarquia entre os subsistemas e suas respectivas funções, “na perspectiva de cada sistema, nada é mais importante que sua função”, sendo que cada subsistema enxerga o sistema global sob as lentes

---

<sup>13</sup> “Rede de produção de componentes que produz seus próprios componentes” (Luhmann, 2005, p. 31)

<sup>14</sup> Ambiente esse que é definido por meio da autorreferência, vez que a observação com uso do código sistema/ambiente pelo sistema lhe permite identificar seus elementos e estipular seus limites e entorno relevante (p. 53), sua estrutura, suas possibilidades e sua sensibilidade (Luhmann, 2005, p. 31). Logo, por exclusão, o sistema igualmente define nesse procedimento, o que constitui o seu entorno, e nesse sentido, bem elucidada Garcia que um sistema “sempre organiza a experiência de uma diferença” (Luhmann, 2005, p. 17)

do seu próprio código (Luhmann, 2005, p. 47). A guisa de exemplo, o sistema econômico processará os eventos que lhe pareçam relevantes a partir da sua importância econômica.

Assim, não obstante, um dos aspectos centrais da teoria Luhmanniana seja a autorreprodução do sistema a partir de si mesmo (adaptação do conceito de autopoíese, oriundo da Biologia), como visto, há também a possibilidade de um elemento percebido pelo sistema ter origem em outros sistemas (além da possibilidade de fazê-lo com base em seu ambiente), e entrar no sistema jurídico mediante pontos de contato (irritação) do sistema jurídico com outros sistemas. Por isso falar em fechamento operativo e abertura cognitiva. Veja-se:

Essa operação aparentemente simples do sistema jurídico – aplicar a norma ao fato – é de enorme complexidade. O princípio do “non liquet”, ou seja, a proibição de denegação de justiça, comporta leituras que conduzem a um paradoxo geralmente omitido pela Teoria do Direito. De uma parte, o sistema jurídico constrange o juiz a decidir com base no seu fechamento operacional (completude e unidade do ordenamento jurídico): isso reforça a imagem do judiciário como a “boca da lei”. De outra parte, contudo, dada a evidente hiper-simplificação contida no dogma da completude do ordenamento, a proibição da denegação de justiça garante a abertura do sistema jurídico a uma infindável série de demandas do ambiente: isso revela que o judiciário é um inevitável interprete, criador e construtor do direito. Com base nisso, Luhmann descreve a norma fundamental da atividade dos Tribunais como paradoxal: transforma a coação (proibição da denegação de justiça) em liberdade (formulação de um direito judicial); o fechamento (completude do ordenamento) em abertura (o Judiciário deve responder a todas as demandas) (Campilongo, 2002, p. 35).

É em virtude da abertura cognitiva que os sistemas (que não se fundem, pois autônomos) interagem entre si. Essa abertura ocorre nos pontos em que as periferias desses sistemas se tocam, é o que Luhmann chama de pontos de irritação, que são descritos por Walber Carneiro em *Democracia e Constituição* (2020a, p. 19), metaforicamente, como Eclusas que controlam o fluxo (de sentido entre direito e ambiente, no âmbito do sistema jurídico).

Correlacionando o sistema jurídico com o político no que tange aos seus pontos de irritação, Luhmann descreve um acoplamento estrutural entre ambos (como, também, relativamente a outros sistemas), o que não importa corrupção do sistema, mas própria condição de abertura cognitiva. Esse acoplamento estrutural pode ser apontado topograficamente como localizado e regulado na/pela Constituição, conforme explicações de Dário no prefácio da obra *El Derecho de la Sociedad* (Luhmann, 2005, p. 51).

Nota-se que os pontos de irritação ocorrem entre os mais diversos sistemas, e que isso não necessariamente corrompe os sistemas. Nesse interim, Campilongo retrata como os

sistemas se relacionam ao abordar a ligação especial entre o sistema político e o sistema jurídico, liame este no qual Luhmann descreveu existir um acoplamento estrutural.

[...] ao invés de uma via única de dependência, a relação entre política e direito passa a ser vista como de inclusão e exclusão de recíprocas irritações internas, de conexões simultâneas (não causais) e analógicas entre os sistemas, enfim, de reprodução da diferenciação entre essas duas esferas funcionais. (Campilongo, 2002, p. 93)

A teoria dos sistemas autopoieticos substitui a explicação causal dos sistemas abertos (input/output) por um modelo de ligações simultâneas e assimétricas entre os sistemas. Os sistemas funcionalmente diferenciados como a política e o direito, mantêm conexões altamente seletivas com seus ambientes. Isso não significa que o ambiente político ou econômico determine as estruturas ou operações do sistema jurídico. Mas significa, isto sim, que o sistema jurídico (assim como os demais sistemas) possui uma forma específica para pressupor a situação e as mudanças em seu ambiente e coligar esse contexto a suas operações internas. Essa forma chama-se acoplamento estrutural (Campilongo, 2002, p. 95).

Como ressaltado, esse contato entre os sistemas não lhes retira a autonomia (difere em muito, portanto, da visão Marxista desse fenômeno correlativo entre política, economia e Direito, descrito por Marx (2017) sob o nome de Superestrutura e ao qual atribuiu contornos de causalidade, como bem destaca Orlando Gomes (1959, p. 21), ou seja, não muda sua linguagem, nem mesmo sua capacidade de autorreprodução interna, gera apenas, uma comunicação (elemento no qual se funda a análise sociológica segundo Luhmann, conforme descrito em Sociedade da sociedade (Luhmann, 2016b, p. 15) e Ciência da sociedade (Luhmann, 2016b, p. 19) que é absorvida por “irritações” que se processam pelos códigos do sistema pertinente, dado seu fechamento operativo. Confira-se:

Entretanto, em virtude de seu acoplamento estrutural, o sistema jurídico permite-se “irritar” internamente, a partir de suas próprias estruturas seletivas, pelo sistema político. [...]As irritações, informações e operações do sistema jurídico são sempre selecionadas e construídas internamente. A partir delas, dá-se a transformação do sistema jurídico. Sem o acoplamento estrutural não haveria chance de aprendizagem dos sistemas parciais. (Campilongo, 2002, p. 95-96)

Desde a perspectiva externa, o sistema mantém-se indiferente ao ambiente. Modificações nos sistemas político e econômico podem ser captadas pelo sistema jurídico a partir dos respectivos acoplamentos estruturais. Porém, o sistema parcial percebe, reage e processa esses estímulos em conformidade com seu código e seus programas de operação, ou seja, em condições de fechamento operacional (Campilongo, 2002, p. 97).

Diante da referência ao conceito de autopoiese e de sua centralidade na superteoria – que significa uma teoria com pretensão universalista relatada na obra Sistemas Sociais (Luhmann, 2016b, p. 20) – ao descrever sua teoria dos sistemas (Embora Dário destaque que ela não é omnecompreensiva, uma vez que a análise das organizações difere da análise das interações entre os indivíduos (Luhmann, 2005, p. 39), cumpre fazer uma investigação diretamente nas lições deste jurista e sociólogo alemão para traçar de modo cada vez mais

fidedigno o funcionamento da teoria por ele desenvolvida, sem envolvidas as contribuições e explicações de outros autores, que são deveras elucidativas. Autopoiese está incluída no âmbito da autorreferência e implica na criação de algo a partir de si mesmo, ou mais propriamente, tendo o próprio sistema como referência. Assim explica Luhmann:

9) O próximo tema central se chama autorreferência. É somente na pesquisa sistêmica mais recente que ele recebe uma atenção que tem crescido rapidamente, também sob títulos como auto-organização ou autopoiese. [...]  
 Pode-se designar um sistema como autorreferencial, quando ele mesmo constitui, como unidades funcionais, os elementos dos quais ele se constitui e faz percorrer em todas as relações entre esses elementos uma referência a essa autoconstituição, de modo, portanto, a produzir continuamente a autoconstituição. Nesse sentido, sistemas autorreferenciais operam, necessariamente, por autocontato, e eles não têm outra forma para contato com o ambiente a não ser o autocontato. Aqui está contida a tese de recorrência (These der Rekurrenz) como tese da autorreferência indireta dos elementos: os elementos possibilitam uma contínua recorrência a si mesmo mediante outros elementos, tal como, por exemplo, numa intensificação da atividade neuronal ou numa contínua determinação da ação mediante a expectativa de outro agir. No nível dessa organização autorreferencial, sistemas autorreferenciais são sistemas fechados, pois, em sua autodeterminação, não permitem outras formas de processamento (Luhmann, 2016b, p.52-53).

É nesse sentido que Campilongo (2002, p. 35), como aqui já referido, afirma que o sistema jurídico utiliza de seus elementos num contexto de fechamento operativo para produzir mais direito, e com base nas lições de Luhmann razão lhe assiste, pois se com sua linguagem e em seu ambiente o sistema jurídico lida com relações entre elementos compreendidos como Direito, para Luhmann, tal sistema conseqüentemente produz Direito.

A reprodução autorreferencial, “autopoietica” no nível dos elementos, tem de se ater àquela tipologia de elementos que definem o sistema. Por isso: reprodução! Assim, em sistemas de ação, tem-se sempre de reproduzir ações, e não células, macromoléculas, ideias, etc. Exatamente isso é assegurado mediante a autorreferência dos elementos. [...]  
 Por conseguinte, auto-observação é a introdução da diferença sistema/ambiente no sistema, o qual se constitui com auxílio dessa diferença; ela é também fator operativo da autopoiese, porque na reprodução dos elementos tem de ser assegurado que eles sejam reproduzidos como elementos dos sistemas e não como uma outra coisa qualquer (Luhmann, 2016b, p.55).

Verifica-se, então, em apertada síntese, que o sistema jurídico encontra-se inserido em um contexto maior, operando no interior do (macro)sistema social global (da sociedade moderna funcionalmente diferenciada), é dizer: existem outros sistemas e subsistemas (em seu interior) que guardam sua respectiva autonomia e linguagem, processando seus elementos conforme seus próprios códigos, estruturas e programas, porém sem fechamento cognitivo, ou seja, sem estarem absolutamente fechados para contatos/interações excepcionais com outros sistemas que os irrite, mas não lhes corrompam.

Assim, as irritações/ressonâncias decorrem do contato entre os sistemas, fruto da circunstância de serem eles sensíveis cognitivamente uns aos outros ou mesmo se acharem estruturalmente acoplados. Tais irritações ocorrem mantendo as linguagens próprias de cada sistema, que vai receber e processar a irritação decorrente daquele contato com seus próprios códigos e programas.

### 3.1.2 Princípios

O primeiro passo para falar de princípios é apresentar o conceito de princípio. Porém, dada a abrangência inicialmente alcançada pelo uso da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, se faz necessário o uso de um conceito igualmente abrangente, para obter uma visão panorâmica do fenômeno estudado. A partir daí fica possibilitado aprofundar e especificar cada vez mais nosso objeto de estudo com a coerência que a interdisciplinaridade demanda.

Nas ciências, [...] os princípios correspondem à noção de proposições ideais, fundamentais, construídas a partir de uma certa realidade e que direcionam a compreensão da realidade examinada. Ou “proposições que se colocam na base de uma ciência, informando-a” (Cretella Júnior). Os princípios atuam no processo de exame sistemático acerca de uma realidade – processo que é típico das ciências –, iluminando e direcionando tal processo (Delgado, 2012, p. 181-182).

O conceito acima embora continue correto e seja extremamente útil, não contempla a visão jusfilosófica que é essencial para compreender também o contexto do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, porém far-se-á a complementação adequada no decorrer desse capítulo.

Ressalta-se que não faz parte do objeto da pesquisa abordar detalhadamente todas as funções que os princípios possuem, seja no âmbito das sistema científico (o que consistiria fazer uma observação da autorreferência desse subsistema, pois a análise dos enunciados conceituais exemplificam a autorreferência, do mesmo modo que a análise de fatos sob as lentes desse sistema exemplifica a heterorreferência, como explica Dário (Luhmann, 2005, p. 38), ou da ciência do Direito, pois tamanha minúcia não faz parte do objeto dessa pesquisa, na qual classificaremos e organizaremos os princípios num cenário extremamente amplo, sem descer a minúcias que remeteriam à classificação de suas funções, o que é de tamanha amplitude que mereceria uma pesquisa específica para tanto, sob pena de desconsiderar o recorte metodológico do objeto desta pesquisa.

Diante dessas advertências, necessário trabalhar na complementação do conceito de maneira mais específica, destacando, dessa feita, o ponto de partida conceitual e a localização central de nosso estudo, que é a ciência do Direito. O conceito a ser utilizado aprioristicamente precisa apresentar singeleza e recursividade (sistêmica), pelo que se apresenta o que segue: “[...] Para a ciência do Direito os princípios conceituam-se como proposições fundamentais que informam a compreensão do fenômeno jurídico. São diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico e que após inferidas, a ele se reportam, informando-o” (Delgado, 2012, p. 183).

Humberto Ávila, por sua vez, elenca o conceito de princípio de Claus-Wilhelm Canaris, que observa outros aspectos relevantes para diversos estudos realizados por insignes juristas, destacando o conteúdo valorativo e o funcionamento das normas-princípios de modo a contrapô-los às normas-regra (a partir da perspectiva analítica semântica). Acrescentamos a aludida passagem com a finalidade de ter uma visão ampla dos princípios no âmbito da dogmática jurídica (embora sem a pretensão de completude no estudo das normas-princípio e suas funções).

Canaris, além de evidenciar o conteúdo axiológico dos princípios, distingue os princípios das regras em razão do modo de interação com outras normas: os princípios, ao contrário das regras, receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação (Canaris *apud* Ávila, 2007, p. 51).

Ainda na busca de outras especificidades relevantes para o ramo do direito, tendo em vista que o Direito vem passando por um fenômeno muito significativo nas últimas décadas que é a constitucionalização do Direito, acrescentar-se-á o conceito de princípios de Cunha Júnior, que após, em seu escólio, abordar inúmeras especificidades e fazer um apanhado das lições de diversos doutrinadores brasileiros e estrangeiros, destaca a característica deôntica (vinculativa) dos princípios, uma vez que considerados cogentes pela doutrina jurídica brasileira atual.

Em suma, os princípios jurídicos, sejam explícitos ou implícitos, são normas jurídicas dotadas de normatividade, que, por via de consequência, obrigam e vinculam, distinguindo-se das regras na medida em que eles são normas providas de intensa carga axiológica (referem-se diretamente a valores), enquanto as regras jurídicas são normas descritivas de situações fáticas hipotéticas, dispostas a concretizar os valores normatizados pelos princípios (Cunha Júnior, 2016, p. 139).

Na esteira de Cunha Júnior, se faz mister apresentar a distinção entre regras e princípios apontada por Alexy. Porém, passaremos ao largo das teorias que relatam diferenças que ele não acolhe, resumindo exclusivamente a motivação principal pela qual Alexy

diferencia os princípios no contexto de sua classificação das normas em duas espécies, normas-regras e normas-princípio.

Há diversos critérios para se distinguir regras de princípios. [...]  
[...]

Com base nesses critérios, são possíveis três teses inteiramente diversas acerca da distinção entre regras e princípios. [...] A terceira tese, por sua vez, sustenta que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que em ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa. Essa tese é correta.

[...] Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

[...]Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível (Alexy, 2017, p.87-90; 91).

De pronto, nota-se que as possibilidades jurídicas dos princípios poderiam ser descritas por Luhmann como uma leitura do princípio pelo sistema jurídico, de maneira recursiva, a partir de seu código binário no momento de criação autopoiética de direito em algum âmbito de operação (operação, nos moldes descritos por Teubner (2011, p. 36-37).

Porém, antes de passar à principal consequência da característica dos princípios serem mandados de otimização, que é a colisão de princípios e a consequente utilização da técnica da ponderação para a solução da colisão, mister retratar a crítica de Ávila às conclusões de Alexy acerca a afirmação de que a ponderação seria aplicável somente diante de normas da espécie princípio. Vejamos:

Com efeito, a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios. A ponderação ou balanceamento (weighing and balancing, Abwägung), enquanto sopesamento de razões e contra-razões que culmina com a decisão de interpretação, também pode estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida como automática (no caso das regras, consoante o critério aqui investigado), como se comprova mediante a análise de alguns exemplos (Ávila, 2007, p. 52).

Não obstante seja amplamente aceita a distinção aqui posta, formulada por Robert Alexy e desenvolvida por outros doutrinadores de grande prestígio (mormente no Brasil), tal formulação não é imune a críticas. A passagem citada demonstra uma das várias perspicazes observações feitas por Ávila (2007), como por exemplo casos em que regras são aplicadas por analogia sem a constatação da hipótese de incidência específica no plano fático e o inverso, ou seja, o afastamento da aplicação de regras apesar da verificação da hipótese de incidência sem que haja a previsão de uma exceção no ordenamento, mas por razões substanciais que embasam a formulação da respectiva regra.

Seja no modelo proposto por Alexy, seja no modelo proposto por Ávila, o que o jurista nota nesse ponto, é o que pode ser descrito sistemicamente como marcos programáticos

disponíveis discricionariamente no momento da decisão para justificar a coerência exigida na autopoiese do direito que suprem a necessidade de regras de decisão, necessárias para estabelecer as condições de atribuição de valor (lícito/ilícito) no momento de atuação do seu código binário (Luhmann, 2005, p. 48).

Certamente, tal situação ensejará a crítica acerca da existência de discricionariedade, possivelmente violadora da segurança jurídica, entretanto, isso pode ser visto como um reflexo da dupla contingência<sup>15</sup> (na contemporaneidade) dentro do sistema jurídico, ou seja, (diferentemente da dupla contingência descrita por Luhmann – que trata das escolhas e expectativas nas interações comunicativas dos indivíduos) seria uma contingência na escolha do marco programático e outra na seleção lícito/ilícito, afinal: Toda eleição/seleção é risco, risco de eleger errado ou escolher mal (Luhmann, 2005, p. 30).

Assim, o afastamento da regra, não seria possível na teoria (marco programático) Alexyana(o), pois a existência de regra específica afastaria a ponderação pelo aplicador do direito (salvo em ordenamentos jurídicos nos quais hipoteticamente os princípios formais não possuíssem peso), uma vez que a ponderação para o caso já teria sido feita pelo legislador, excluindo essa opção (restringindo a variedade de marcos programáticos disponíveis) do (ao) interprete (embora se possa descrever o afastamento dessas consequências jurídicas mediante interpretação conforme ou declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso – que possivelmente constituiriam, no caso concreto, outros marcos programáticos disponíveis).

Desse modo Ávila (2007) defende que enquanto as regras preveem um meio a ser adotado diante de uma hipótese de incidência, os princípios, enquanto mandados de otimização, apontam para um estado de coisas ou fim almejado, sem descrever a conduta ou meio a ser utilizado para alcançá-lo.

É com base nessa diferença principal que Ávila defende que o descumprimento de uma regra é mais reprovável do que a inobservância de um princípio em razão do afrontamento de um comando específico previsto no ordenamento (Ávila, 2007, p.104). Entendimento que, embora coerente, não é adotado neste trabalho por, com todas as vênias, entender-se que os princípios estão impregnados de valores centrais e fundantes das ciências, de modo que sua inobservância no âmbito jurídico implica geralmente a violação de outros princípios e regras correlatos (salvo entendimento de que no caso específico a regra constituía

---

<sup>15</sup> “Contingente é o que é, mas poderia ter sido de outra forma” (Luhmann, 2005, p. 30).

exceção ao princípio, inclusive decorrente de uma ponderação prévia já realizada pelo legislador).

Ademais, tendo em vista a profusão normativa mediante a miríade de regras cujo conhecimento da totalidade é impossível para homem médio, opta-se por entender que a menor quantidade e a posição central dos princípios colaboram para a maior reprovabilidade de sua inobservância em comparação com o descumprimento da maioria esmagadora das regras (mas do ponto de vista do sistema, essa concepção enfraquece a segurança jurídica, que também é um princípio. Ademais, existem regras que podem ocupar posição central no ordenamento (v. g. regra decorrente da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana aplicada a um caso concreto). Deve-se ter em mente também, que para Alexy, o resultado da ponderação de princípios é sempre uma regra.

Um exemplo de aplicação de princípios para formar uma regra diante de uma hipótese de incidência que resulta na aplicação da regra da dignidade da pessoa humana é a ponderação realizada na decisão da 36ª vara do trabalho de Salvador quanto ao trabalhador por aplicativos que se acidentou no retorno para casa.

Essa decisão pode ser analiticamente descrita como a realização de uma ponderação que diante da ausência de um regramento claro aplicável ao caso concreto e da vedação ao non liquet (abertura cognitiva e fechamento operacional), ponderou em face da segurança jurídica que deveria amparar tanto o tomador como o trabalhador e do princípio da legalidade privada (Art. 5º, II da CF), deu especial consideração ao Princípio da Dignidade da pessoa humana, apesar do peso exercido pelo princípio formal da discricionariedade do legislador democraticamente legitimado em favor da ausência de amparo estatal ao trabalhador lesado.

Registra-se, entretanto, profundo respeito pelos entendimentos em sentido contrário, e inclusive adota-se, com relação ao estudo dos princípios, grande parte dos entendimentos destacados por Ávila, valendo citar nesse momento especificamente aquele que toca à análise da proporcionalidade, e que remete à pluralidade de marcos programáticos atualmente existentes no sistema jurídico:

Isso significa que um mesmo problema teórico pode ser analisado sob diferentes enfoques e com diversas finalidades, todas com igual dignidade teórica. Não se pode, portanto, afirmar que esse ou aquele modo de explicar a proporcionalidade seja correto e outros equivocados (Ávila, 2007, p. 160).

Seguindo na esteira dessa teoria amplamente aceita na doutrina, embora considerando que ela é apenas um dos marcos programáticos disponíveis, ou em outras palavras, um dos

vários modos de explicar o fenômeno, passaremos a abordar a técnica da ponderação e sua evolução nos últimos anos. Essa abordagem nos dará lastro para entender como os princípios funcionam e nos permitirá ter uma percepção mais clara de alguns princípios de difícil visualização pelos operadores do direito e dos vários níveis em que eles atuam, o que permitirá a formulação de uma classificação mais elucidativa, especialmente mediante uma ótica teórica sistêmica, frequentemente valorizada por sua profunda capacidade analítica, descrita por García (2005) como “uma formidável proposta cognitiva”, apesar de haver um ponto cego na base de toda observação (Luhmann, 2005, p. 21-22).

A análise da fórmula do peso e da classificação proposta permitirá ao leitor compreender, do ponto de vista dos princípios, como, recentemente, alguns dogmas têm sido flexibilizados e a fundamentação principiológica desse fenômeno por nós descrito como pluralidade de marcos programáticos disponíveis.

### 3.3.3 Ponderação de Normas-Princípio

Com base nas lições de Alexy, falar em princípios leva necessariamente a falar em ponderação. Alexy adere à teoria da necessidade, pois conclui que há uma conexão necessária e não meramente eventual entre os princípios e a proporcionalidade. Não poderia ser outra a conclusão se considerarmos que para ele os princípios são aplicados exatamente mediante a utilização da técnica da ponderação.

*Por esta razón, los principios, tomados por sí solos, siempre implican un mero mandato de optimización. La determinación del grado apropiado de satisfacción de un principio respecto a lo que ordena otro principio, se determina por medio de la ponderación. Por lo tanto, la ponderación es la forma específica de aplicación de los principios (Alexy, 2011, p. 12-13).*

Alexy afirma que um princípio não retira o outro do ordenamento jurídico diante de uma colisão entre as finalidades a que eles se destinam, ele afirma que essa colisão não se dá no plano da validade (como ocorre com as regras), mas na dimensão do peso (Alexy, 2017, p. 93-94).

E é mediante a aplicação da fórmula do peso, afirma o jusfilósofo alemão, que se verifica a relação de precedência entre os princípios, sendo levada a efeito mediante a aferição das circunstâncias do caso concreto (Alexy, 2017, p. 96). Ele expõe que essa relação de precedência de um princípio sobre outro em determinadas circunstâncias é expressada simbolicamente como (P1 **P** P2) C.

C é a circunstância fática que caracteriza aquele sopesamento, pois C tem um duplo papel:

C é o pressuposto do suporte fático de uma regra. Esse duplo caráter de C decorre necessariamente da estrutura do enunciado de preferência. Isso porque a precedência de P1, ou seja, do princípio estabelecido no art. 2º, § 2º, 1, em face dos princípios que com ele colidem sob as condições C significa que a consequência jurídica que resulta de P1 é aplicável se estiverem presentes as condições C. Por conseguinte, de um enunciado de preferência acerca de uma relação condicionada de precedência decorre uma regra, que, diante da presença da condição de precedência, prescreve a consequência (*sic*) jurídica do princípio prevalente. Nesse sentido, é possível formular a seguinte lei sobre a conexão entre relações de preferências condicionadas e regras:

(K) Se o princípio P1 tem precedência em face do princípio P2 sob as condições C: (P1 P P2) C, e se do princípio P1, sob as condições C, decorre a consequência (*sic*) jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência (*sic*) jurídica:  $C \rightarrow R$ . (Alexy, 2017, p. 98-99).

Ele deixa claro em sua obra, que as circunstâncias são decisivas para o resultado do sopesamento, pois conforme exemplos dados na obra, a relação de precedência diante das condições C1 terá um desfecho, porém, diante das condições C2 poderá ocorrer um desfecho totalmente diferente.

(K) é o que Alexy chama de lei de colisão, que tem o suporte fático de uma regra como hipótese de aplicação daquele resultado de precedência obtido na ponderação. Em sua teoria, Alexy destaca que a natureza de mandamentos de otimização dos princípios lhes impõe uma otimização das possibilidades fáticas e jurídicas. Vejamos:

*Los principios qua mandatos de optimización exigen una optimización respecto de las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización respecto de las posibilidades fácticas. El principio de proporcionalidade en sentido estricto se refiere a la optimización respecto de las posibilidades jurídicas* (Alexy, 2011, p. 13).

Idoneidade (Adequação, na tradução de Virgílio Afonso da Silva) é conceituada por ele como a capacidade da conduta/meio escolhida(o) de realizar o mandamento que o princípio precedente impõe: “*El primer subprincipio, el principio de idoneidad, excluye la adopción de medios inidóneos que obstruyan la realización de los principios o fines para los cuales ha sido adoptado*” (Alexy, 2011, p. 13-14). Enquanto (o teste) (d)a necessidade determina que o aplicador do direito, ou seja, aquele que realiza o balanceamento ou sopesamento, escolha a/o medida/meio que realiza o princípio precedente sacrificando o mínimo possível o princípio que não prevaleceu no sopesamento: “*Este principio exige que de entre dos medios igualmente idóneos respecto a P1, deberá ser elegido aquel que sea menos lesivo respecto a P2*” (Alexy, 2011, p. 13-14).

A proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, prevê que se implemente o princípio precedente, após a ponderação, de modo a obter mais proveitos no sentido de realização do princípio precedente do que sacrifícios relativos ao princípio que não prevaleceu. O grau de realização do prevalecente deve ser maior que o grau de sacrifício daquele princípio que teve menor peso na ponderação. Em suma, colocando na “balança do direito” os benefícios da medida devem ser maiores do que os sacrifícios que ela gera. Vejamos:

*La ponderación es el tema del tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, esto es, el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Este principio expresa el sentido de la ponderación respecto de las posibilidades jurídicas. Este principio es idéntico a la regla llamada «ley de la ponderación» (10). Esta regla estatuye:*

*«Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.» (Alexy, 2011, p. 15).*

Trata-se de um modo de otimizar conjuntamente ambos os princípios colidentes, implementando ao máximo o prevalecente e ao mesmo tempo sacrificando o mínimo o princípio sucumbente. E para esclarecer isso, Alexy desenvolveu uma fórmula que representa esse raciocínio. Ele a denomina de fórmula do peso, que é resultado de uma ampliação da lei da ponderação, sendo que ele define diante de circunstâncias concretas o peso de cada um dos princípios colidentes e, ao final, afere qual deles será o prevalecente em relação ao outro (Alexy, 2011, p. 16).

Nesse diapasão torna-se deveras elucidativo fazer a citação direta dos elementos componentes da equação por ele formulada. Sendo que é observando o funcionamento da equação (uma vez que a teoria Alexyana é uma teoria analítica da atuação do Tribunal Constitucional Alemão) que poderemos retirar algumas premissas que combinadas com a teoria de Luhmann (igualmente analítica) poderão nos guiar na compreensão dos princípios, das decisões judiciais que os aplicam, bem como da posição de determinados institutos em nosso ordenamento, como é o caso do ato jurídico perfeito e, num segundo momento, da dispensa massiva de empregados<sup>16</sup>, dentre outros possíveis.

---

<sup>16</sup> A ulterior análise desses fenômenos jurídicos nos levará a concluir que o princípio da Segurança Jurídica tem duas vertentes abstratas, uma delas se concretiza mediante o atendimento das expectativas legitimamente nutridas (nos moldes da concepção do Direito de Luhmann) e outra se concretiza mediante a observância do cumprimento de normas-regra delineadas pelo legislador em observância ao peso do Princípio Formal da Competência Decisória do Legislador Democraticamente Legitimado (mais próxima da concepção do Direito de Aléxy em razão de sua concepção de discricionariedade epistêmica normativa do legislador, embora ele não

*La fórmula del peso define al peso, en el caso concreto, de un principio Pi en relación con un principio opuesto Pj (Wi,j), como el cociente resultante de, primero, el producto obtenido de multiplicar la intensidad de la interferencia en Pi (Ii) por el peso abstracto de Pi (Wi) y por el peso de la confiabilidad de las apreciaciones empíricas referidas a lo que la medida en cuestión significa para la no realización de Pi (Ri), y, segundo, el producto de los valores correspondientes respecto a Pj, ahora respecto de la realización de Pj. Esto se expresa de la siguiente manera:*

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

(Alexy, 2011, p. 15).

Alexy recomenda a utilização de uma escala triádica para o preenchimento das variáveis “interferência, peso e confiabilidade”. Nela teríamos os níveis leve, moderado e grave, que valeriam respectivamente o resultado das operações 2º, 2¹, 2², que resultam respectivamente em 1, 2 e 4. A partir dessa escala e sua correspondência numérica o jusfilósofo busca o resultado da equação, sendo que se for maior que 1 P1 será precedente, e se for menor que 1 P2 será precedente.

*En el derecho constitucional se usan usualmente escalas triádicas, mismas que trabajan con valores tales como: leve, moderado y grave. Existen varias posibilidades para representar estos valores a través de números. Si se escoge una progresión geométrica como 2º, 2¹, 2², se hace posible representar el hecho de que la fuerza de los principios se incrementa de manera directamente proporcional al incremento de la intensidad de la interferencia. Esto constituye la base para dar respuesta a la objeción que afirma que la teoría de los principios conduce irremediablemente a un debilitamiento de los derechos fundamentales. Si el peso concreto (Wi,j) de Pi es mayor que 1, Pi tiene precedencia sobre Pj, pero si es menor que 1, Pj tiene precedencia sobre Pi. Esto conecta a la fórmula del peso —y con ella a la ley de la ponderación— con la ley de colisión (Alexy, 2011, p. 16-17).*

Ainda no âmbito da formula do peso, especialmente no que tange à variável “R”, que representa a *confiabilidade das apreciações empíricas*, torna-se relevante um aprofundamento para tratar dos princípios formais, pois o nível de certeza (v.g. empírica) influencia diretamente no âmbito de discricionariedade conferida ao legislador (e, por que não, ao magistrado) para exercer suas atribuições constitucionais sem violar essa mesma ordem constitucional a que ele está submetido.

---

afirme que as decisões majoritárias tenham algum tipo de razão acima das demais razões que amparam outros princípios materiais ou formais).

Há que se ressaltar, entretanto, que essa certeza empírica precisa ser adequadamente identificada pelo sujeito observador para que ele possa ter qualidade na seleção do resultado, pois ele poderá estar diante de uma interdependência necessária (Luhmann, 2005, p. 49) entre o subsistema do Direito e outro subsistema (a exemplo do econômico ou do da moral), ou seja, uma irritação com relação à qual o sistema do direito se sensibilizou. Ou mesmo se trata-se de uma situação de interdependência (Luhmann, 2005, p. 51), que não deve corromper o sistema jurídico ou afetar sua autonomia, e o mesmo vale para o outro subsistema em questão.

Tratando sobre a rigidez dos ordenamentos jurídicos no que diz respeito à admissão de exceções às normas regras, Alexy se depara com os princípios formais e aduz o seguinte:

Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados "princípios formais". Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras. Somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípios - o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto regras - é que regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie*<sup>17</sup> (Alexy, 2017, p. 105).

Os princípios formais remetem às discricionariedades do legislador e ao grau de certeza necessário para a tomada das decisões que lhes são constitucionalmente reservadas. Alexy alude a um segundo grau de sopesamento para resolver essa faceta de sua teoria (o que remete à recursividade do sistema jurídico, ou seja, à sua atuação sobre seus próprios resultados). “[...]o problema da discricionariedade epistêmica ou cognitiva deve ser solucionado por meio de sopesamentos entre princípios formais e princípios materiais” (Alexy, 2017, p. 611). Trata-se, portanto de inseguranças no desempenho da atividade legislativa, pois a relativa falta de certeza (decorrente da complexidade científica do objeto ou do assunto para a época específica da produção de uma determinada lei) sobre alguns assuntos pode comprometer a finalidade almejada pelo legislador.

A questão acerca da existência de uma discricionariedade epistêmica surge quando é incerta a cognição daquilo que é obrigatório, proibido ou facultado em virtude dos

---

<sup>17</sup> Pode-se concluir dessa construção teórica que as regras, para a doutrina de Alexy, são mais estáveis e robustas no que concerne ao seu peso, o que pode indicar a prevalência das regras com relação aos princípios, ou mesmo que a violação de regras é mais grave que a violação de princípios no âmbito da doutrina Alexyana. Não obstante, parece que ele passa a admitir a ponderação entre regras e princípios, desde que se observem os princípios formais. Aproxima-se, portanto, dos argumentos referidos anteriormente no sentido do afastamento de regras por meio da ponderação.

direitos fundamentais. A insegurança pode ter suas causas na insegurança das premissas empíricas ou normativas (Alexy, 2017, p. 612).

O jusfilósofo ressalta que o Tribunal Constitucional Federal Alemão, diante da incerteza científica quanto à limitação da liberdade de usar e comercializar remédios derivados da Cannabis diminuem os riscos associados a essa droga, reconhece uma margem de discricionariedade epistêmica empírica ao legislador para tomar as decisões que lhe são atribuídas constitucionalmente.

Mesmo assim ele admite a intervenção no direito fundamental. Isso ocorre por meio do reconhecimento ao legislador de uma discricionariedade em relação à cognição dos fatos relevantes - ou seja, uma discricionariedade epistêmica de tipo empírico - e da inclusão, nessa discricionariedade cognitiva, das suposições empíricas que fundamentam a proibição de produtos derivados de cannabis.

Já uma discricionariedade epistêmica de tipo normativo, ou uma discricionariedade epistêmica normativa, está relacionada à incerteza acerca da melhor quantificação dos direitos fundamentais em jogo e ao reconhecimento em favor do legislador de uma área no interior da qual ele pode tomar decisões com base em suas próprias valorações (Alexy, 2017, p. 612).

As discricionariedades de ambas as espécies, trazem um enorme perigo para os direitos fundamentais, pois poderíamos mesmo dizer que qualquer crença do legislador seria apta a restringir um direito fundamental, abrindo uma margem para a negação desses direitos.

Assim, a depender da compreensão que se dê à extensão dessas possibilidades de limitações, uma análise sistemática (que não é sinônimo de sistêmica, porque substancialmente simplificada) poderia fazer concluir que os direitos fundamentais não cumpririam a função de proteção dos cidadãos em face da mais tradicional fonte de poder na modernidade que é o próprio Estado (o que especialmente contraria a concepção de que os Direitos Fundamentais seriam trunfos dos cidadãos em face do estado, de suas políticas e consequentemente de sua margem de discricionariedade pautada no sistema majoritário (Dworkin, 2012, p. 340).

A admissão de tal discricionariedade pode estar subvertendo e negando, desse modo, o que conhecemos por direitos fundamentais, e acentuando o risco democrático advertido por Teresa Lefort Lacerda (Carneiro, 2020a, p. 8). Alexy percebeu isso e advertiu no seguinte sentido:

A decisão sobre produtos derivados de cannabis faz com que fique claro, com toda agudeza, o principal problema de todo tipo de discricionariedade epistêmica. Se ao legislador é permitido fundamentar uma intervenção em um direito fundamental a partir de uma premissa que seja incerta, então, é possível que a esse direito não seja garantida a proteção devida - e ele seja, por isso, violado - nos casos em que a premissa que fundamenta a intervenção seja equivocada. Diante disso, pode-se afirmar que os direitos fundamentais ofereceriam mais proteção se fosse negada uma discricionariedade cognitiva ao legislador (Alexy, 2017, p. 614).

Verifica-se que a discussão acerca da discricionariedade epistêmica é suscitada apenas em razão a existência de um princípio formal, *in casu* o princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente legitimado. Mas o que exatamente é um princípio formal? Verificamos anteriormente que a teoria dos princípios de Alexy divide as normas em duas espécies: normas-regra e normas-princípio. Os princípios formais são normas do tipo princípio que têm a característica de não apresentar um conteúdo de direito material, ou seja, têm um caráter procedimental. Vejamos:

É exatamente esse o ponto no qual entra em jogo o princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente legitimado. Esse princípio é um princípio formal, porque ele não determina nenhum conteúdo, mas apenas diz quem deve definir conteúdos. Por isso, seria possível também denominá-lo “princípio procedimental” (Alexy, 2017, p. 616).

Alexy adverte que diante de uma colisão entre um princípio formal e um princípio material, a prevalência absoluta para qualquer dos lados tem efeitos indesejados e não condiz com o sistema constitucional. Ele afirma que somente uma solução intermediária poderá ser adequada, e de pronto apresenta sua posição.

Enquanto princípios, eles exigem que a certeza das premissas empíricas que fundamentam a intervenção seja tão maior quanto mais intensa for a intervenção. Isso conduz a uma segunda lei do sopesamento, com o seguinte conteúdo: Quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia (Alexy, 2017, p. 617).

O jusfilósofo alemão diferencia essa segunda lei do sopesamento adjetivando-a como lei epistêmica do sopesamento, enquanto a primeira lei do sopesamento é chamada por ele de lei material do sopesamento. Ele identifica similaridades entre as leis de um modo que lhe permite afirmar que uma medida legislativa precisará de **certeza epistêmica** diretamente proporcional à intensidade da intervenção no direito fundamental. “Portanto, o peso concreto de um princípio (GPI.jC) cresce na medida em que o grau de incerteza empírica no âmbito da realização do princípio colidente também cresce” (Alexy, 2017, p. 618).

Ou seja, quanto maior a incerteza de que a medida legislativa alcançará a realização do princípio ao qual ela atende, maior peso será atribuído ao princípio a que o legislador visa a mitigar, limitar ou restringir.

Assim, dificilmente se pode duvidar de que no caso de uma intervenção de intensidade alta deve ser exigida uma grande certeza das premissas empíricas que a sustentam. A isso corresponde o "**controle intensificado de conteúdo**", que o Tribunal Constitucional Federal realiza, por exemplo, no caso da pena de prisão perpétua. Se tanto a intensidade da intervenção quanto o grau de importância alcançam o nível mais alto, então, uma certeza apenas mediana do lado do princípio colidente nunca será suficiente para justificar uma perda certa do lado do objeto da intervenção (Alexy, 2017, p. 619, grifo nosso).

Pode-se concluir a partir do paradigma epistemológico alexyano que a **restrição de direitos fundamentais sociais** constitucionalmente assegurados, portanto, dotados de fundamentalidade material e formal, e sendo considerados inclusive cláusulas pétreas, por mais que a própria constituição admita alguma tendência flexibilizatória de direitos trabalhistas condicionada à negociação coletiva, **não pode ser levada a efeito (mormente em tempos de crise) pela reforma trabalhista se as premissas empíricas** que justificam tais medidas de austeridade **possuem efetividade econômica duvidosa** ou se os ganhos decorrentes delas são excessivamente incertos.

E quanto maior for a restrição a direitos, mais certeza das consequências benéficas de sua adoção seria exigida. Ocorre que o passado provou e o presente ratificou que tais premissas empíricas não eram apenas incertas, mas também falsas, ou no mínimo (e correndo o risco de ser condescendente), são de rara concretização. Cogita-se, ademais, que a adoção dessas restrições de direitos pelo legislador ignore o subprincípio da necessidade.

Como visto, as premissas empíricas criam uma margem de discricionariedade para o legislador, conferindo-lhe maior liberdade para a criação e determinação do conteúdo das normas nas áreas em que não está vinculado a alguma obrigatoriedade ou proibição, entretanto a discricionariedade epistêmica além de empírica<sup>18</sup>, pode ser normativa.

As coisas são um pouco mais complicadas nos casos de discricionariedade epistêmica de tipo normativo. Isso tem a ver, em primeiro lugar, com o conceito de discricionariedade normativa e está, em segundo lugar, associado à dificuldade na determinação da relação entre a discricionariedade para sopesar de tipo estrutural e a discricionariedade para sopesar de tipo epistêmico. [...] [...] Os casos mais importantes de incerteza normativa no âmbito dos direitos fundamentais são os casos de incerteza quanto ao sopesamento. Nesses casos, a questão decisiva é saber como deve ser definida a relação entre as discricionariedades estrutural e epistêmica para sopesar (Alexy, 2017, p. 620-621).

Ao tratar da discricionariedade epistêmica normativa, Alexy exemplifica com a jurisprudência alemã e conclui que quando há um empate entre os princípios materiais no âmbito do sopesamento feito pelo legislador para a criação da norma infraconstitucional, é que surge a margem de discricionariedade que lhe é conferida pelo princípio formal pertinente.

[...] É certo que cada um dos direitos fundamentais exige a solução mais vantajosa para si, mas nenhum deles têm, em razão do impasse, força para decidir a contenda. A situação substancial dos direitos fundamentais é, portanto, neutra. Nessa situação,

---

<sup>18</sup> A teoria de Alexy, nesse ponto, atua sobre o acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sistema político, pautados na constituição, conforme descreve Luhmann, mas há um acréscimo jurídico-filosófico-epistemológico nas reflexões, que levam a um contato e interdependência multisistêmico na base da criação do Estado moderno.

os princípios materiais de direitos fundamentais não têm força para evitar que do princípio da competência decisória do legislador democraticamente legitimado decorra uma discricionariedade epistêmica para sopesar. [...]

Princípios formais procedimentais só podem superar princípios materiais de direitos fundamentais se conectados a outros princípios materiais. Isso pode ser chamado de "lei da conexão". A lei da conexão faz com que fique claro porque é fácil levar os princípios formais ad absurdum quando eles são contrapostos de forma isolada aos princípios materiais (Alexy, 2017, p. 622; 625).

Essa função de desempatar inerente aos princípios formais ocorre diante das discricionariedades epistêmicas empíricas e normativas. Inicialmente Alexy verifica que em ambos os casos os princípios formais não possuem força para serem sopesados quando isoladamente entram em colisão com um princípio material, sendo que eles só entram num sopesamento se há essa espécie de empate no sopesamento material/estrutural, que na prática constitui uma incerteza. De outra banda, se as premissas normativas e cognitivas permitem a solução do sopesamento estrutural dos princípios materiais sem empate, os princípios formais sequer influenciarão nesse balanceamento, já que eles apenas atuam em caráter subsidiário, ou seja, num segundo nível<sup>19</sup>.

As coisas são bem diferentes no caso da incerteza cognitiva. A questão acerca de uma discricionariedade cognitiva normativa somente surge se os pesos dos princípios em colisão são incertos. Uma discricionariedade cognitiva empírica só está em discussão se as premissas empíricas que sustentam a intervenção não são seguras. Em ambos os casos os princípios formais têm apenas o papel de participar da repartição das competências decisórias nos casos de incertezas presentes na relação entre os princípios materiais. Assim que a incerteza desaparece, eles também saem de cena. Isso exclui a possibilidade de que, diante de uma violação a um direito fundamental, um tribunal constitucional sustente que a concepção jurídica concorrente do legislador deva ser respeitada por razões formais (Alexy, 2017, p. 625).

Embora na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Alexy defenda a “lei da conexão” como obrigatória para a influência dos princípios formais na ponderação, no artigo “Princípios Formais”, publicado em livro de mesmo título, o referido autor ao nosso ver renuncia à aplicação exclusiva da “lei da conexão” e atualiza a formula do peso, justamente em atenção às especificidades dos princípios formais. A formula constante no livro “*Teoria dos Direitos Fundamentais*”, já abordada no presente trabalho, é a que ele chama de “formula do peso completa”, porém na obra “*Princípios Formais*” o autor exterioriza seu pensamento

---

<sup>19</sup> Na prática, abre-se um novo espaço para a argumentação retórica no sentido de haver um empate entre os princípios colidentes, que pode remeter a decisão acerca da norma prevalecente a um ato anterior que tem natureza política, pois trata-se da prevalência de uma escolha (ato de vontade, advertiu Hans Kelsen [passim]), de modo a remeter a criação de um elemento no sistema jurídico (decisão judicial, ou seja, norma individual [Kelsen, 2006]) a partir de um ato político, e não jurídico, o que implica em corrupção do sistema na perspectiva Luhmanniana.

mais recente sobre o tema, e modifica a formula, que passa a se chamar “fórmula do peso completa refinada”.

Na “fórmula do peso completa refinada”, Alexy considera as discricionariedades epistêmicas empíricas e as discricionariedades epistêmicas normativas como elementos influenciadores do valor da variável “R”, afirmando que para chegar ao seu valor é necessário observar essas discricionariedades citadas, o que ele expressa mediante a elaboração de outra equação, chamada “equação da certeza”.

Para os fins da presente pesquisa, extrapolaria o recorte do objeto de estudo aprofundar nas evoluções da formula do peso e no estudo das escalas triádicas pertinentes para a elucidação numérica ou quantitativa de sua lógica. Mas para o presente objeto de estudo, faz-se necessário elucidar o conceito e o plano de incidência desses princípios. Eles também são mandamentos de otimização, mas contrastados com os princípios materiais evidenciam sua singularidade, pois “os objetos de otimização dos princípios formais são decisões jurídicas, independentemente de seus conteúdos” (Alexy, 2014, p. 13).

É fácil encontrar casos em que um princípio formal pode e até mesmo deve ser ponderado contra um princípio material. Após a derrota do Nacional-Socialismo, em 1945, assim como após o colapso da República Democrática da Alemanha, em 1989, tribunais na Alemanha tiveram que enfrentar, em vários casos, o problema da **injustiça legal**. Eles aplicaram a fórmula de Radbruch, que, em sua versão mais curta, reza: **A injustiça extrema não é direito** (Alexy, 2014, p. 13, grifo nosso).

O Contexto da consideração do conteúdo moral da norma para aferição de sua qualidade constitutiva (equivalente ao que seria o plano da existência da norma ou do sistema jurídico) suscita o cotejo com as lições de Hans Kelsen, que buscou afastar a análise jurídica desse importante aspecto da norma (o valorativo/axiológico) e de outros aspectos cuja existência ele reconhecia, mas que por razões metodológicas (rigor científico) sugeria que se mantivesse alheia a análise jurídico-científica, chamando tal perspectiva de “Teoria Pura do Direito” (e não de Teoria do Direito Puro, como seus críticos tendem a confundir). Diante dessa reflexão, chama a atenção o desprezo pelo conteúdo e o apreço pela forma, dinâmica, estrutura e funcionamento do sistema jurídico, igualmente a passagem na qual afirma que uma constituição que atribui a um tribunal julgar uma questão mediante decisão irrecorrível, aceita o risco de ter por justa, constitucional e conforme o Direito tal decisão, pois seria esse o preço pago pela constituição para o alcance da segurança jurídica naquele caso, e tal consciência seria pressuposta do espírito da comunidade no que o eminente mestre austríaco chamou de norma hipotética fundamental (Kelsen, 2006).

De um ponto de vista jurídico-pragmático a análise kelseniana parece irretocável, porém do ponto de vista interdisciplinar ou filosófico, Kelsen remeteu a validade da decisão (e do Direito) exclusivamente à forma e ao direito, deixando inegável ponto cego. Mas Alexy parece cair na mesma armadilha, porém em outros campos, pois remete a existência jurídica do comando emitido exclusivamente ao campo da moral, expondo o sistema jurídico à variabilidade dos sentimentos morais a depender das premissas de intenção para fins de apreço ou despreço do teor do comando pelo juiz imparcial que habita o peito de todo homem (Smith, 1999) e à manipulação da opinião pública (inclusive mediante uso da retórica). O que pode levar à negação da qualidade de Direito da Reforma Trabalhista (ou, se levarmos ao extremo, à negação de todo o sistema jurídico da ordem econômica capitalista do ponto de vista de uma ordem econômica socialista, e vice-versa).

Como visto, Alexy atualmente admite que pode existir ponderação direta entre um princípio formal e um princípio material, entretanto salienta a regra de que ambos se combinam em alguns casos, de modo que Alexy não se restringe mais a defender apenas a um modelo de combinação, admitindo, então, dois modelos de ponderação, o modelo “puro” e o modelo “misto”.

Isso mostra que princípios formais podem não só ser ponderados por si mesmos contra princípios materiais colidentes, como ocorre na fundamentação da fórmula de Radbruch, mas que eles também podem ser ponderados em combinação com princípios materiais contra princípios materiais colidentes. Pode-se denominar o primeiro como o “puro modelo material-formal” de ponderação de princípios, e o segundo como o “modelo material-formal misto” ou, em síntese, “modelo de combinação” (Alexy, 2014, p. 18-19).

Também é relevante para nosso estudo compreender a partir de outros pontos de vista, ou seja, de outros modelos epistemológicos **onde e de que maneira esses princípios formais atuam, se atuam do mesmo modo e no mesmo plano/nível que os princípios materiais, ou se há planos diferentes de atuação entre os princípios**. Ressalta-se que o senso comum jurídico não tem capacidade analítica para lidar com tamanha complexidade, o que indica maior probabilidade de êxito na realização da aludida análise a partir de alguns pressupostos epistemológicos sistêmicos (luhmannianos).

Porém, a teorização e esquematização do modo de funcionamento dos princípios não pode perder de vista o ideal de justiça (especialmente, considerando o presente contexto, os ditames da justiça social do Art. 170 da CF/88), estabilidade, previsibilidade, coerência e de correção/retidão (controle/falseabilidade) das decisões do sistema jurídico na regulação das relações sociais e dos direitos dos cidadãos, e Alexy se mantém atento a isso.

Uma interferência em um direito constitucional, uma interferência que não é justificada por qualquer razão material, não é apenas desproporcional, mas também arbitrária. [...]

A solução é fornecida por um terceiro modelo sobre o papel dos princípios formais na ponderação, um modelo que se encontra entre o puro modelo material-formal e o modelo da combinação ou modelo material-formal misto. Esse terceiro modelo pode ser denominado de “modelo epistêmico” (Alexy, 2014, p. 20; 25).

Os referidos valores precisam ser considerados mesmo do ponto de vista kelseniano, dada a positivação de inúmeros valores sob a forma de norma-princípio no sistema de Direitos Fundamentais e de um modo geral no texto constitucional, como a já referida justiça social, que se compreendida como um princípio (especialmente em razão de sua generalidade) poderá produzir a já referida eficácia irradiante e se espriar por todo o tecido normativo da ordem jurídica, ajustando-se de forma equânime e proporcional à ceara trabalhista, como preceitua a moderna **eficácia transversal**, que ressalta a desigualdade entre empregado e empregador (embora o poder social já seja suficientemente constatado nas teorias da eficácia horizontal).

Nota-se na teoria Alexyana um alheamento quanto às possibilidades hermenêuticas (interpretação constitucional) no âmbito dessa discussão. Nota-se que não se aborda a questão dos limites argumentativos inerentes à aferição da extensão de um direito fundamental, pois considerando o senso comum teórico jurídico do Brasil, importa não divagar, mas ao menos referir as possibilidades interpretativas garantidas e as quase infinitas possibilidades do quadro hermenêutico-jurídico tradicional.

E nesse ponto, imprescindível a crítica assertiva de Carneiro (2020b, p. 33), na qual afirma que o uso de standards de racionalidade para solucionar essa problemática, acaba por buscar resolver o problema errado e não entrega o que promete. Em suma, eles não solucionam o problema das variações de sentido. Daí então surge uma pergunta: Uma rigorosa Positivação da Hermenêutica Jurídica, dando centralidade ou preferência para as possibilidades de interpretação autêntica seria uma solução para o problema da circularidade interpretativa e a consequente contingência gerada pelo sistema jurídico sob a tendência pós-positivista? Ou seria autoritário retirar a discricionariedade do interprete e do operador do direito acerca do marco programático a ser utilizado diante da “multiplicidade de marcos programáticos” disponíveis?

Certamente conservadores e progressistas de vários matizes confrontariam uma tal proposta. Mas estaríamos então diante de uma aporia no confronto entre positivismo e pós-positivismo? Se a resposta for positiva, a constatação da Análise Eco-lógica do Direito de que o positivismo seria um ceticismo cínico e descompromissado e o pós-positivismo um

compromisso irresponsável (Carneiro, 2020b, p. 32) seria um escólio do qual não há fuga. O que se nota, de outra banda, é que o legislador tem tentado restringir as opções de variação de sentido disponíveis ao interprete/aplicador do Direito (as vezes aumentando mais ainda essas possibilidades), e esse tom de maior controle do sentido das decisões judiciais se fez presente na reforma trabalhista de 2017.

Desse modo, com inspiração das lições de Carneiro (2020b) e nas lições de Luhmann em “A ciência da Sociedade” (1996), não se poderá modificar a conclusão de que em certa medida, todo princípio é também comunicação, para o sistema social, e por isso todo princípio (jurídico) que fecha o sistema também abre o sistema, pois toda comunicação comunica algo, mesmo quando comunica que algo não deve ser comunicado ou quais os limites da comunicação. Assim, Carneiro (2020b, p. 23) diante do panorama jurídico atual, está com razão ao destacar a constante e indissociável característica do Direito de gerar expectativas normativas congruentes.

De outra banda, mister explicar como Alexy se propôs a resolver esse impasse em seus detalhes, porém iremos nos valer das explicações dele sem lançar mão de equações e fórmulas para explicar imagetivamente onde exatamente os princípios formais se ajustam na ponderação, ressaltando as consequências do raciocínio do autor e suas especificidades.

Essas análises constituirão parte do alicerce que nos permitirá construir as respostas para os problemas levantados nesse estudo, pois enquanto Carneiro (2020b) propôs ao nosso sentir, uma classificação dos princípios segundo sua funcionalidade do ponto de vista sistêmico, aqui desejamos, como supedâneo para o cerne da pesquisa, traçar uma classificação didática e sistemática dos princípios no “senso comum teórico acadêmico” a partir de uma construção coerente (ou por integridade) pautada nas doutrinas de Alexy (que se encontra em alguma medida difundido no senso comum teórico pragmático) e de Luhmann, porém, uma vez que suficientemente esclarecida a estrutura lógica ou lexical, por vezes considerada hermética, que é característica de suas lições.

Por isso, e para prestigiar a escolha das palavras pelo autor e seu tradutor com a finalidade de exprimir a noção teórica em que Alexy descreve o funcionamento do “modelo epistêmico” (referido nas linhas anteriores), optou-se pela citação direta que segue:

Mas ela constitui um caso especial de ponderação material-formal, pois ela não ocorre dentro da fórmula do peso, mas **em um metanível**, em que se trata da questão de quais variáveis com qual tipo de escalas devem ser inseridas na fórmula do peso. [...]

Na ponderação de segundo nível, ou meta-ponderação, a ponderação de princípios formais é necessariamente uma ponderação com um princípio material colidente, e com o resultado dessa ponderação, a incorporação, na fórmula do peso, das variáveis epistêmicas e suas escalas, os princípios formais estão representados na ponderação

da primeira ordem, em conformidade com essa fórmula (Alexy, 2014, p. 27; 30, grifo nosso).

Conquanto seja deveras interessante e esotérico aprofundar o funcionamento dos princípios formais, especialmente para lidar com *hard cases*, não se avançará nesse aspecto além do que já foi exposto. Isso se deve ao recorte temático do presente trabalho, pois com as características abordadas acerca dos princípios formais já é possível compreender o fenômeno dos diferentes níveis de atuação dos princípios e, conseqüentemente, prosseguir na busca das respostas dos questionamentos levantados na introdução.

Porém ainda nesse tópico, mister frisar em arremate, que (com supedâneo nas lições de Alexy), há um metanível na ponderação dos princípios, e que (a partir de uma perspectiva Luhmanniana do sistema social funcionalmente diferenciado) nem todo princípio tem sua origem e âmbito de funcionamento totalmente inserido no interior do (sub)sistema jurídico. Há princípios que irão atuar, como dito, em um metanível, ou seja, na periferia do sistema jurídico, pois em muitos casos são princípios resultantes de uma irritação do sistema jurídico decorrente de contatos/interações com outro(s) sistema(s) (mormente quando há acoplamento estrutural, a exemplo do sistema político) ou irritação proveniente do ambiente, quando o sistema se sensibiliza para tanto, nos moldes da teoria de Luhmann.

Também não deve o leitor a essa altura se surpreender com a existência de princípios em outros ramos das ciências (lá serão identificados e processados segundo a linguagem e os programas do sistema pertinente), ou seja, de fora do direito, pois como visto nas lições de Delgado, há princípios que são veios iluminadores de outras ciências (2019, p. 223) e que não têm as características dos princípios jurídicos (*v.g.* o caráter deontológico ou cogente), sendo que, na maior parte das vezes, sequer são estudados pelos juristas, porém o “algo” da teoria de Luhmann, que no dizer de García (2005), nos lança ao transdisciplinar (Luhmann, 2005, p. 14), não nos permitirá ignorar tal aspecto.

Evidentemente os princípios de outros ramos da ciência, e que conseqüentemente fazem parte de outros sistemas que não o jurídico, não são aqueles mesmos princípios que estudamos no campo jurídico (ainda que ostentem o nome de princípio), conceituados como espécies normativas com comandos *prima facie* nos dizeres de Alexy, pois por não serem *a priori* jurídicos, também não possuem (*a priori*) força cogente, o que os torna passível de serem processados na linguagem do sistema jurídico sob outra perspectiva, ou seja, como elemento do ambiente (interno ao sistema social, pois trata-se de sentido) que por ocasião dos seus programas e estrutura, se fazem perceptíveis à sensibilidade do sistema jurídico

(Luhmann, 2005, p. 32), uma vez que definidos como elementos do entorno aceitos pelo sistema como gatilho de irritação, e por tanto, entorno relevante (Luhmann, 2005, p. 53).

Nesse caso, encontram-se nas arestas do seu sistema de origem e provocam uma irritação no sistema jurídico. Por isso, serão decodificados pelo sistema jurídico com base na sua linguagem própria, e a partir desse código binário lícito/ilícito podem vir a adquirir força cogente, o que ocorre se essa ressonância provocar modificações nas seleções/variações dos elementos do sistema jurídico, que é aberto cognitivamente.

Ocorre que nem sempre os princípios foram compreendidos pela academia ou pelo “sendo comum jurídico” como espécies de norma, ou como diretriz com força cogente. Muitos autores vinculavam os princípios aos valores acolhidos por uma determinada comunidade num determinado momento histórico. Nesse ponto, mister destacar que existem outros teóricos sistêmicos importantes, como o Rodolfo Filas (1998) na Argentina, que em suas vetustas lições, não atribuíam aos princípios essa natureza deontológica (Embora a teoria de Alexy tenha sido formulada na década de 1980). Filas tem algumas similitudes com a teoria Luhmanniana, entretanto em sua concepção sistêmica do direito laboral, destaca que o Direito é uma fórmula que contém: Realidade, Valores (críticos), Norma e Conduta Transformadora.

Filas (1998, p. 19) descreve o Direito mediante o uso da Fórmula:  $D = (R + V) + (N + T)$ . Nela R e V são entradas (sendo V a entrada axiológica formada pelos elementos críticos: Direitos Humanos, Justiça Social e Princípios Gerais do Direito), e N e T as saídas desse sistema. A só descrição desses elementos já aproxima suas lições do quanto abordado nas presentes linhas. Entretanto o forte caráter humanista de suas lições (centralidade do ser humano na ordem jurídica) e sua concepção acerca do papel do trabalhador e da empresa no âmbito das relações econômicas e da sociedade, tornam ainda mais pertinentes suas lições.

Em suma, ele afirma que a doutrina tradicional não questiona a realidade (dado irreversível) nem as normas (dogmas), enquanto sua concepção sistêmica questiona o pensamento, a ação crítica e as normas, pois busca responder o “Que é a Justiça”, e para esse questionamento, bem como para criticar a realidade e as normas, se vale dos valores de justiça social, dos direitos humanos e dos princípios gerais do direito, aconselhando o julgador a não apenas aplicar o direito, mas a situar a norma dentro do marco axiológico adequado, potencializando-a ou nulificando-a. Assim a saída normativa na perspectiva sistêmica considerará o projeto constitucional, a ordem pública e a justiça, não permitindo o resultado

usualmente encontrado na doutrina tradicional, que identifica Direito com norma e aceita que o Mercado imponha as normas [D = N; N = M; D = M] (Filas, 1998, p. 28-43).

Para que fique mais clara a correlação entre os tópicos já abordados (teoria de Alexy e de Luhmann) e os princípios, passaremos a tratar da natureza jurídica dos princípios, buscando classificá-los nos moldes do caminho já percorrido no presente trabalho.

### 3.1.4 Natureza jurídica e classificação interna

Ao longo dessa exposição abordou-se de modo aprofundado o conceito e o modo de funcionamento dos princípios a partir do senso comum teórico jurídico brasileiro (*mainstream*) e paralelamente o repertório conceitual e analítico da teoria sistêmica Luhmanniana potencializando as possibilidades de compreensão do sistema jurídico. Ou seja, tratou-se de sua essência e do funcionamento, o que já é um primeiro passo para definir a natureza jurídica dos princípios.

Em parte, os conceitos citados já fazem uma certa análise comparativa na própria definição dos princípios, porém o intuito agora é classificá-los percebendo suas especificidades extrínsecas (ou seja, não com base no que há de original em seu conteúdo, o que implicaria num estudo dos princípios em espécie) mas internamente com relação ao agrupamento dessas espécies de princípios no interior desse grupo que todos eles formam juntos.

E a natureza jurídica se torna muito útil para esse objetivo, pois ela é atividade de definição e classificação nas palavras de Delgado, sendo, portanto, um ótimo ponto de partida para um estudo sério, buscar classificá-los não utilizando critérios que sejam característicos de um determinado ramo do Direito.

A pesquisa acerca da natureza de um determinado fenômeno supõe a sua precisa definição – como declaração de sua essência e composição – seguida de sua classificação, como fenômeno passível de enquadramento em um conjunto próximo de fenômenos correlatos. Definição (busca da essência) e classificação (busca do posicionamento comparativo), eis a equação compreensiva básica da ideia de natureza.

Encontrar a natureza jurídica de um instituto do Direito [...] consiste em se apreenderem os elementos fundamentais que integram sua composição específica, contrapondo-os, em seguida, ao conjunto mais próximo das figuras jurídicas [...], de modo a classificar o instituto focado no universo de figuras existentes no Direito (Delgado, 2012, p. 71).

No entanto além de situar os princípios no contexto do Direito, pretendemos com base na sistemática já tratada, situar os princípios uns com relação aos outros de acordo com sua função e origem, dando exemplos sempre que se fizer necessário.

Podemos nos basear em Delgado (2019, p. 223) para trazer à baila novamente uma compreensão básica, com nossas palavras, de que os princípios em geral são veios iluminadores que norteiam e direcionam razões, ideias, condutas, processos e realidades, sendo classificados comparativamente como base, fonte ou origem de um determinado conhecimento ou valor. Portanto sua natureza é também de base norteadora de algum ramo do conhecimento, e sua natureza jurídica, enquanto elemento externo ao sistema jurídico (a partir de uma ótica sistêmica) pode ser sustentada como sendo a de um programa de decisão auxiliar das seleções de sentido operacionalizadas pelo código binário de outro subsistema social.

Quando esses princípios são notados pela sensibilidade do sistema jurídico, irritando, provocando ressonância ou interdependência, essas energias influenciam os elementos característicos/próprios dos da estrutura do sistema jurídico, eventualmente gerando, no momento da autopoiese elementos internos inspirados nesses gatilhos provenientes do seu entorno (ou seja, a autopoiese foi influenciada pela sensibilidade estrutural do sistema jurídico para se deixar irritar pelo elemento externo, e produziu um elemento interno inspirado no elemento externo, porém diferente dele, pois submetido ao código binário – a linguagem e a lógica – do sistema jurídico). É o que se nota quando, nos termos das lições de Alexy, os princípios jurídicos se apresentam como mandamentos de otimização dotados de força deontica que por vezes se originaram de demandas de grupos ou movimentos sociais ao longo da história. Assim, deparamo-nos com os princípios no/do Direito, que consistem em espécie normativa contraposta às normas-regra.

No entanto são tantas as especificidades das normas princípio, que o próprio Alexy os dividiu em princípios formais e princípios materiais. Existindo uma quantidade considerável de princípios materiais nos diversos ramos do direito, que por sua vez dão origem a uma pletera de subprincípios. Esses princípios materiais, costumam ser classificados nos manuais e nas pesquisas científicas com vistas à análise do sistema jurídico de maneira teleológica, ou seja, buscando alguma finalidade.

Influenciada pela tradição sistêmica, pode-se encontrar a classificação contemporânea de Walber Carneiro (2020a), que pode ser compreendida como uma classificação quanto ao funcionamento do sistema jurídico a partir das lentes da Análise Eco-lógica do Direito. A tipologia por ele proposta divide os princípios jurídicos em três importantes grupos: I)

Princípios Funcionais; II) Princípios Operacionais/jurídico-epistemológicos, e; III) Princípios Pragmático-problemáticos. Sendo que todos eles se subdividem. Vejamos:

I: I.a) Princípio da Identidade; I.b) Princípio da Diferença, e I.c) Princípio do Terceiro Excluído. II: II.a) Princípio da Consistência; II.b) Princípio da Igualdade Complexa, e; II.c) Princípio da Integridade. III: Por fim, os Princípios Pragmático-problemáticos são residuais, englobando todos os demais princípios jurídicos que não se encaixam nos dois primeiros grupos.

Carneiro (2020a; 2020b) esclarece que os Princípios Funcionais fecham o sistema (ao tratar do fechamento operativo, descrito por Luhmann. Por sua vez os Princípios Operacionais/jurídico-epistemológicos somente fecham o sistema quando atuam em conjunto com outros Princípios que necessariamente sejam classificados como Princípios Funcionais; e por fim, os Princípios Pragmático-problemáticos abrem o sistema (ou seja, trata-se da abertura cognitiva, descrita por Luhmann).

Por essa singela abordagem, já fica claro o fenômeno bastante descrito na economia, chamado “efeito cobra” que acomete na atualidade o Direito, no momento em que as medidas adotadas no âmbito do sistema jurídico da sociedade moderna global buscam mais e mais regulamentar os fatos através de uma hipertrofia da legislação, como consequência mais insegurança jurídica é criada a partir das inúmeras possibilidades que a análise semântica dessas normas reproduz na operação da seleção a ser levada a efeito pelo sistema jurídico. Além da ampliação das expectativas normativas geradas nos indivíduos, tudo isso perpassa pelo Panprincipiologismo descrito por Streck (Carneiro, 2020a, p. 14) e pela circularidade interpretativa (Budel, 2017) criada *pari passu* com os neoconstitucionalismos.

Evidentemente os princípios formais não podem ser classificados no mesmo quadrante do ordenamento jurídico onde se encontram esses princípios materiais e seus derivados, pois como visto, eles atuam em um meta-nível (motivo pelo qual poderíamos chamá-los também de metaprincípios, e assim o faz Ávila (2007), adjetivando-os também de Postulados, embora ao nosso sentir, os Postulados sejam apenas aqueles que não estão envolvidos na estabilização do sistema jurídico, ou seja, não passam pelo processo cíclico de: variação, escolha, estabilização e novamente variação (Carneiro, 2020a, p. 18).

Com base na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann percebemos que existem pontos de irritação do sistema jurídico que ocorrem quando a esfera jurídica toca outra esfera (contato), e por meio de sua abertura cognitiva, é influenciada por um elemento originário de

outra esfera e, conforme a descrição de Campilongo acerca da teoria de Luhmann, processa essa energia (influência) de acordo com seu próprio código e seus programas.

Como foi tratado, o exemplo clássico (nas lições de Alexy) de princípio formal é o princípio democrático, que, dentre suas consequências, implica discricionariedade legislativa. Tal princípio, observa-se, tem origem no sistema político, e ao ser processado pelo código binário (a linguagem) do sistema jurídico passa a atuar como mandado de otimização dotado de normatividade. Entretanto ele ocupa uma posição mais distante na fórmula do peso, e aqui defende-se que isso é um reflexo de sua natureza de “*princípio extrajurídico juridicizado por irritação do sistema jurídico*” (ou um metaprincípio).

É justamente pelo fato de advir de uma irritação jurídica que ele é estudado no Direito e possui importância para o Direito, pois os “*princípios extrajurídicos que não provocam irritação jurídica*” sequer são estudados pelo Direito, pois não se relacionam com o sistema jurídico e não dizem respeito a este ou ao Direito, mas no máximo são tomados como pressupostos que não buscam ser comprovados ou processados pelo Direito, tampouco se configuram na forma normativa a partir da presente proposta. Desse modo, todo estudo dos Postulados racionais referindo-os ao sistema jurídico, será um estudo interdisciplinar (envolvendo filosofia e direito, política e direito, sociologia e direito e assim sucessivamente). Exemplificativamente:

[...] Maria Celina Bodin de Moraes, nesse sentido, propõe o desdobramento do “substrato material da dignidade” em quatro postulados, a saber. i) O sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado (Moraes *apud* Pamplona Filho *et al.*, 2015-2016, p. 180).

A doutrina já se debruça, porém ainda de maneira incipiente, sobre o tema dos postulados (genericamente considerados). Mas as análises estéticas acerca de seu papel na observação de segunda ordem (observação da observação do funcionamento do sistema jurídico) ainda não lhe garantem uma definição esteticamente estabilizada. Nota-se pequenas variações em sua conceituação, ora mediante exemplificação de pressupostos ou racionalidades que dispensam comprovação ou análise pelo Direito (Ao nosso ver, os verdadeiros postulados racionais), ora classificando-os como sinônimo de princípios formais (aqueles descritos por Ávila (2007, p. 122) como Postulados Normativos Aplicativos).

Postulados, ao seu turno, orientam a discussão jurídica, mas não possuem qualquer conteúdo material de valor, não se sujeitando à ponderação, nem ao eventual abandono em caso de conflito. São constantes ou metanormas, e seus exemplos são

a regra da proporcionalidade ou a necessidade, no plano lógico, do respeito à identidade ou de tratar igualmente aos iguais (igualdade formal abstrata) (Bahia, 2014, p. 98).

Considerando que existem postulados que constituem diretrizes metódicas destinadas aos aplicadores do Direito, cumpre diferenciar os Postulados Normativos dos Postulados Racionais. Mas antes de trazer à baila a conceituação de Ávila, cumpre destacar que ambos decorrem de princípios que *á priori* não seriam Princípios (propriamente) jurídicos, de modo que os postulados normativos, juntamente com os princípios formais, possuem irritação jurídica, enquanto os não normativos, ou seja, os **Postulados Racionais**<sup>20</sup>, **não possuem irritação jurídica**. Tudo isso será sistematizado *a posteriori*.

Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao interprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas. Não se identificam, porém, com as outras normas que também influenciam outras, como é o caso dos sobreprincípios do Estado de Direito ou da segurança jurídica. Os sobreprincípios situam-se no nível das normas objeto de aplicação. Atuam sobre outras, mas no âmbito semântico e axiológico, e não no **âmbito metódico**, como ocorre com os postulados. Isso explica a diferença entre sobrenormas norma semântica e axiologicamente sobrejacentes, situadas no nível do objeto de aplicação) e metanormas (normas metodicamente sobrejacentes, situadas no metanível aplicativo (Ávila, 2007, p. 122, grifo nosso).

Outra observação relevante nessa constelação de princípios que é defendida nessa pesquisa, é que a própria ponderação é igualmente um metaprincípio ou um princípio formal, pois é um mandamento de otimização, vez que deve sempre ser aplicada na maior medida possível diante de colisões entre princípios, bem como atua num de modo diferenciado dos demais princípios, ou pode-se dizer, num nível diferente dos princípios materiais (aqueles que tem como objeto de realização direitos dotados de conteúdo material como vida, liberdade, igualdade, dignidade etc.). Porém, por não atuar no mesmo nível do princípio do princípio democrático, pode-se diferenciá-lo, primando pela boa técnica de atribuir nomes diferentes a coisas que de fato são diferentes.

Para isso vale utilizar um conceito consagrado no âmbito do direito que é o de sobrenorma (norma que regula outras normas, mas que nessa pesquisa não é sinônimo de

---

<sup>20</sup> Os postulados racionais não foram criados na autopoiese do sistema jurídico por inspiração decorrente de uma irritação proveniente da sensibilidade do sistema para com determinados elementos de outro subsistema. Os Postulados se localizam em zonas de interdisciplinaridade, ou seja, são racionalidades que não atuam mediante a utilização do código binário lícito/ilícito, pois localizados em zonas de sobreposição de dois subsistemas, atuando nas zonas de contato do acoplamento estrutural.

metanorma, e que serve de estrutura para a realização das operações destinadas à aplicação das normas que regulam condutas/fatos jurídicos, como pós-luhmannianamente diria Teubner (2011, p. 37) para analogicamente classificar a ponderação em si como um sobreprincípio – destacando que Ávila (2007) utiliza sobreprincípio como sinônimo de metaprincípio, pois optou-se afirmar que todo sobreprincípio será destituído de valor axiológico material que o caracteriza como um princípio formal/postulado dada a exaustividade de uma afirmação com efeitos absolutos –.

Outra observação relevante é a importância que as circunstâncias do caso concreto têm na ponderação, pois um fator tido como elemento interno da fórmula do peso, se transporta para a hipótese fática da incidência de uma regra quando o resultado da fórmula do peso é organizado sob a forma da “lei de colisão”.

Destaca-se inclusive, que o elemento das circunstâncias deve ser analisado e levado em conta na maior medida possível, no entanto ele não tem um conteúdo de direito material. Porém essas características (ou circunstâncias) são justamente as de um princípio formal. Diante disso, entendemos facilmente defensável a compreensão do elemento R da fórmula do peso como um princípio formal, ou metaprincípio ou em outras palavras um “*princípio extrajurídico juridicizado por irritação jurídica*”. Princípio este que poderíamos denominar de princípio da contingência ou princípio da realidade detalhada<sup>21</sup>, certamente com origem sociológica (no sistema das ciências sociais que exerce sua função ao observar o sistema da sociedade moderna global).

Uma criação interna do sistema jurídico, inspirada em um princípio sociológico não jurídico que não diz respeito a algo que pode ser interpretado pelo código lícito/ilícito, pois na sociologia o princípio da dupla contingência, retrata as condições em que a comunicação ocorre no âmbito da sociedade diante das possíveis formas de Ego comunicar algo a Alter e das possibilidades de compreensão e reação disponíveis para Alter e das expectativas

---

<sup>21</sup> Observou-se que a nomenclatura utilizada na organização e esquematização dos conhecimentos estudados se assemelha àquela utilizada por Ávila (2007, p. 137-139), entretanto, nesta pesquisa partiu-se de pressupostos diferentes, o que implicou numa conceituação e esquematização diversa, não obstante a utilização das designações “sobreprincípios” e metaprincípios (em Ávila metanormas), que para Ávila dizem respeito aos postulados, atuando para ele num mesmo nível acima dos princípios e sem conteúdo material, mas apenas procedimental. Porém, aqui concebe-se os sobreprincípios num nível acima dos princípios (tendo princípios como objeto de sua incidência) e os metaprincípios (ou princípios formais) atuando no metanível descrito por Alexy e, esses sempre sem conteúdo material, mas apenas procedimental.

decorrentes da relativa imprevisibilidade inerente a esse fenômeno intersubjetivo que é a comunicação<sup>22</sup>.

Diante dessas observações, resta apenas esquematizar o conhecimento que foi abordado e sistematizado para responder os questionamentos que motivaram a pesquisa e “pavimentaram” o caminho até aqui.

A presente pesquisa vem permitindo perceber que os princípios podem ser divididos em jurídicos e extrajurídicos. Os últimos podem ser sem irritação jurídica (e, portanto, não estudados pelo direito sem interdisciplinaridade) ou juridicizado por irritação jurídica (o que, como visto, pode lhe permitir atuar de modo diferenciado, num metanível e sem conteúdo material) que podemos exemplificar com os princípios formais da democracia e da contingência/realidade detalhada.

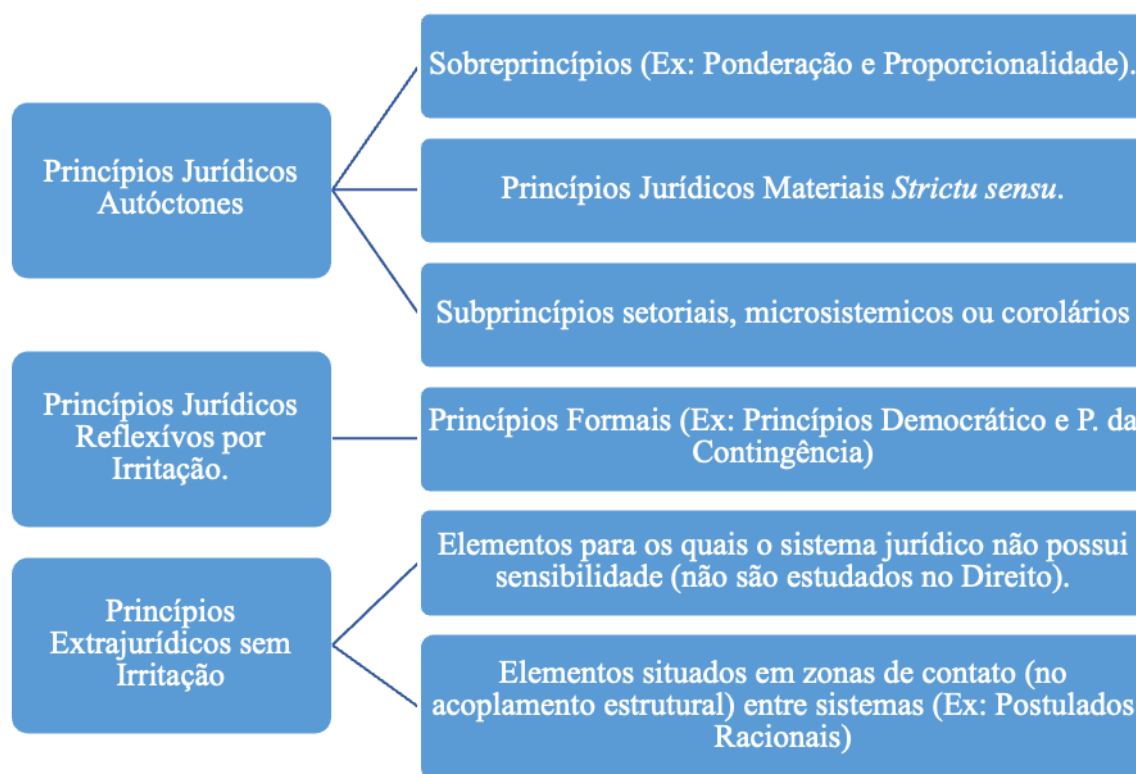
Os princípios jurídicos que surgem com o sistema jurídico e a partir de sua reflexividade sem qualquer irritação, podem ser chamados de autóctones, eles podem ser classificados em sobreprincípios (princípios que regulam outros princípios. Ex.: ponderação ou balanceamento), princípios (mandamentos de otimização com conteúdo material que norteiam ramos do direito) e subprincípios (derivações de princípios ou princípios que regulam institutos jurídicos ou microssistemas dentro dos ramos do direito). Além deles, podemos visualizar através das lentes sistêmicas os Princípios Jurídicos Reflexivos com Irritação, que são gerados na autopoiese do sistema jurídico mediante inspiração decorrente das irritações provocadas por elementos de outros subsistemas (sem conteúdo material e com dinâmica metódica, possuem como representantes de sua classe os Princípios Formais).

Por fim, antes de esquematizar a presente classificação, mister asseverar a classe dos Princípios Extrajurídicos Sem Irritação. Esses se subdividem em dois grupos: O primeiro o daqueles elementos com relação aos quais o sistema jurídico não possui sensibilidade, e, portanto, eles sequer são notados no âmbito dos estudos referentes ao sistema jurídico e seus elementos. De outra banda, há o grupo dos elementos situados nas zonas de contato de outros subsistemas com o sistema jurídico. Esses elementos, situados no acoplamento estrutural, não se submetem à linguagem (código binário lícito/ilícito) do sistema jurídico, mas são elementares para a sobrevivência do sistema, pois fazem parte do acoplamento estrutural. O grande exemplo dessa variedade de elementos são os Postulados Racionais.

---

<sup>22</sup> Cf. a dupla contingência em Luhmann (2006).

Figura 1 – Princípios Jurídicos



Fonte: Elaborado pelo autor.

### 3.1.5 A singularidade do judiciário e a estabilidade das relações jurídicas

Nas últimas décadas tem ganhado mais força a tendência de crescimento das possibilidades de aplicação do Direito pelo poder judiciário. Podemos elencar várias causas para esse fenômeno complexo, como a maior aceitação do caráter normativo da constituição e dos princípios, que na atualidade sequer encontramos quem seriamente negue tal caráter. Podemos elencar também o caráter aberto das normas consagradoras de direitos sociais que são características do Estado de bem-estar social, bem como a aceitação do caráter criativo do Direito quando da sua aplicação pelo poder judiciário.

Nesse ponto, Capeletti (1993) ao tratar do poder criativo do juiz e da premente necessidade de um ativismo autocontido por parte dos magistrados diante do agigantamento dos outros dois poderes, destaca as características singulares do poder judiciário e as diferenças do seu processo criativo do direito com relação ao processo de criação do Direito pelo poder legislativo.

Essas características singulares são de grande valia para o presente estudo, pois ajudarão a compreender como a evolução recente do Direito pôde permitir a mitigação de institutos consagradores de segurança jurídica e estabilidade nas relações jurídicas, ainda que de modo pontual.

O que realmente faz o juiz ser juiz e um tribunal um tribunal, não é a sua falta de criatividade (e assim a sua passividade no plano substancial), mas sim (a sua passividade no plano processual, vale dizer) a) a conexão da sua atividade decisória com os “*cases and controversies*” e, por isso, com as partes de tais casos concretos, e b) a atitude de imparcialidade do juiz, que não deve ser chamado para decidir *in re sua*, deve assegurar o direito das partes a serem ouvidas (“*fair hearing*”), (...) e deve ter, de sua vez, grau suficiente de independência em relação às pressões externas e especialmente àquelas provindas dos “poderes políticos” (Capeletti, 1993, p. 75).

Essas singularidades não são exigências do funcionamento adequado do poder judiciário ao acaso, elas têm uma razão de ser, e mais que isso, produzem consequências significativas, pois acompanha-se aqui o entendimento do insigne jurista italiano para afirmar que é justamente em razão dessas características que pode o judiciário adentrar em campos inóspitos para a atividade legislativa. E isso claramente está bem sedimentado na história do direito e na consolidação da tripartição dos poderes.

Milênios de sapiência humana encontram-se concentrados, a verdade, para além da rotina, nas chamadas regras fundamentais da “justiça natural” ou “*natural justice*”, que antecederam o próprio nascimento dos sistemas de “Common Law”, e que encontraram a sua mais incisiva expressão em dois aforismos do antigo saber latino, “*nemo iudex in causa propria*” e “*audiatur et altera pars*”. Essas regras exigem que o juiz seja super partes e, portanto, que não decida sobre qualquer relação ou ‘status’ do qual seja ele mesmo partícipe, livre das pressões das partes. Elas impõem, ainda, o caráter contraditório do processo, isto é, que todas as partes da relação ou estado objeto do juízo, pessoalmente ou por meio de seus representantes, tenham efetiva oportunidade de se defender e, assim, uma adequada oportunidade de serem ouvidas por um juiz imparcial. Uma terceira regra, provavelmente implícita nas duas primeiras, mostra-se igualmente fundamental; também ela foi esculpida no bronze ideal de uma máxima latina, expressão do seu conteúdo de uma antiga civilização. Trata-se da regra segundo a qual “*ubi non est actio, ibi non est jurisdictio*”, vale dizer, com palavras diversas mas com igual significado, “*nemo iudex sine actore*”. Significa ela que o *judicial process*, diversamente do que ocorre nos procedimentos legislativo e administrativo, impõe atitude passiva, no sentido de que não pode ser iniciado *ex officio* pelo tribunal, necessitando de um autor, cuja *actio* constitui, exatamente, a condição sem a qual não pode o juiz exercer em concreto o poder jurisdicional (Capeletti, 1993, p. 75-76).

O princípio da inércia da jurisdição, sinônimo de princípio do dispositivo ou da demanda, o da ampla defesa e do contraditório substancial, bem como a propensão para o alheamento com relação a pressões políticas são características singulares do poder judiciário. Mas a característica principal, inclusive por possibilitar essas características descritas, e que se coaduna com tudo o que dissemos desde o início do presente capítulo, é a característica da

factualidade da maioria das demandas judiciais e sua conseqüente contingência, ou seja, é o fato de o poder judiciário atuar, via de regra, perante casos concretos.

É importante atentar para o fato de que a jurisdição ordinária não julga norma em abstrato, e lembrar que os princípios também não podem ser ponderados de modo a estabelecer uma precedência absoluta ou abstrata. Na fórmula do peso é imprescindível a análise do caso concreto, pois é o peso de cada princípio naquele caso concreto que permite a aferição da precedência.

Embora se possa falar de ponderação feita pelo legislador, a presença da característica da factualidade e sua contingência, presente na realidade detalhada é não está presente, e mesmo a tentativa de considerá-la dirá respeito na maioria esmagadora das vezes a uma estimativa do que ordinariamente acontece, o que dá margem para que diante do extraordinário suas razões percam a racionalidade que nessas essas circunstâncias meramente estimadas é atribuída ao discurso justificador da norma.

Diante da realidade detalhada inerente ao caso concreto, a contingência por vezes se manifesta para modificar os pesos dos princípios ponderados, que sofrem uma profunda readequação em razão dos reflexos gerados na fórmula do peso (em outras palavras, na ponderação) em razão da função que as contingências exercem no âmbito do metanível ponderativo, modificando os pesos objeto de sopesamento abstrato (legislativo) e gerando um novo resultado para a ponderação (agora, judicial), embora ela esteja sopesando, por vezes, os mesmos princípios materiais. Ressalte-se que essa descrição não explica o *overruling* de um precedente em razão do surgimento de um argumento novo, que não havia sido enfrentado anteriormente pelo Tribunal. Isto porque, nesse caso, estar-se-ia diante de uma variação de sentido decorrente da reflexividade do sistema jurídico, que atua sobre seus próprios elementos selecionando, estabilizando, variando o sentido, e re-estabilizando e assim sucessivamente, na esteira do círculo descrito por Carneiro nos seguintes termos: “variação > seleção > re-estabilização > variação” (Carneiro, 2020b, p. 22).

É necessário ter em mente igualmente a possibilidade de que no caso concreto estejam presentes novos princípios que não poderiam ser levados em conta em abstrato pelo legislador, e que serão observados pela decisão judicial para a que sejam efetivados no caso concreto nos moldes determinados pelo ordenamento jurídico.

E não se deve pensar que o constituinte não estava atento para essa especificidade, pois olvidá-la poderia engessar a aplicação do direito e subverter sua finalidade de pacificação

social, o que resultaria inúmeras vezes na inobservância da fórmula de Radbruch “que, em sua versão mais curta, afirma: A injustiça extrema não é direito” (Alexy, 2014, p. 13). Assim, portanto, previu a nossa Constituição de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (Brasil, 1988).

Vemos claramente que institutos garantidores da segurança jurídica como o ato jurídico perfeito e a coisa julgada foram protegidos, mas na expressão literal, o que ressalta o foco da previsão protetiva, foi destacada a proteção em face da lei. Não se afirma que não haja proteção em face da decisão judicial, mas essa certamente essa proteção perderá parte da sua força diante do característica da factualidade e da influência da contingência no sistema do Direito, que é evidente no metanível ponderativo, de modo que o judiciário poderá adentrar em campos nos quais o legislativo não poderá, sendo possível ao judiciário portanto, relativizar institutos estáveis no âmbito das relações privadas, como contratos, cláusulas, e outros negócios jurídicos protegidos pelo princípio jurídico (autóctone) consagrado pelo apotegma do *pacta sunt servanda* por exemplo, reequilibrando a relação jurídica, definindo o conteúdo de cláusulas, ou mesmo mediante a aplicação de nulidades e anulabilidades.

Até o presente ponto, optou-se por situar o leitor quanto aos fenômenos globais pelo quais o direito passa na modernidade. Diante da ascensão das normas-princípio (panprincipiologização do Direito), a ênfase na criatividade do poder judiciário, a expansão do fenômeno mundial dos Neoconstitucionalismos e a conseqüente constitucionalização do Direito. Desembocando na questão de como institutos antes substancialmente estáveis e mesmo intangíveis de manutenção da segurança jurídica foram flexibilizados nas últimas décadas.

Primeiro partiu-se uma análise geral, que permitiu uma visão abrangente do sistema jurídico e de seu funcionamento. Optou-se por focar na singularidade dos princípios dentro do ordenamento conceituando-os e explicando sua ontologia sistêmica.

Ao verificar suas características mais geais dos princípios, diante da complexidade percebida na análise do sistema jurídico (complexidade essa que decorre Luhmannianamente da tentativa do sistema de simplificar seu ambiente, pois para simplifica-lo, o sistema deve se complexificar) como atuando entre outros sistemas e do papel sistêmico dos princípios

enquanto mandamentos de otimização sujeitos à ponderação em caso de colisões, surgiu a necessidade de compreender sua natureza jurídica e classifica-los a partir de uma visão abrangente e considerando os pontos de vista visitados nessa etapa da pesquisa.

Houve a necessidade de alocar fenômenos intrínsecos singulares como a contingência e sua relação com a factualidade/realidade enquanto elemento programático que atua no metanível ponderativo. Ao que tudo indica, isso ocorre por ser a contingência um elemento situado no acoplamento estrutural do sistema jurídico tornando-a um “*elemento extrajurídico sem irritação jurídica*”, e que não pode fundamentar uma seleção (decisão) pautada no código binário lícito/ilícito, apesar de ser elementar para a existência do sistema, pois diz respeito à adaptação do sistema ao ambiente, e o todo sistema só existe porque é adaptado e acoplado estruturalmente ao ambiente (Luhmann, 2005, p. 31-32) juntamente com os postulados racionais.

Nessa toada visitou-se a função exercida pela ponderação enquanto mandamento de otimização dotado de natureza normativa e iluminadora do método de aplicação de princípios em colisão, porém incidente sobre as normas-princípio, o que nos levou a classificá-la como sobreprincípio.

Com os conhecimentos angariados no percurso é possível explicar e compreender a recente mitigação de institutos previstos abstratamente pelo legislador e que por vezes figuram nas relações jurídicas sem observar as especificidades do caso concreto, contrariando sua própria teleologia, contrariando ideais de justiça, ou mesmo a teleologia do Direito como um todo (assegurar expectativas diante de decepções possíveis (Luhmann, 2005, p. 53), gerando assim injustiças intoleráveis para o Direito, ou por vezes, injustiça extrema.

Ressalve-se, *ad argumentandum tantum*, que para aferir o que é injustiça extrema se faz necessário perscrutar o que é justiça e conseqüentemente aferir, ao menos exemplificativamente, *in concreto* o que é justo e o que é injusto, sendo que dada a abstração do conceito de justiça e diante do pluralismo, especialmente ideológico, presente na sociedade [que é complexa], não há fugir ao natural potencial de surgimento de divergências acerca da obtenção de justiça em decisões jurídicas concretas.

Observa-se a relevância e o efeito prático das peculiaridades do poder judiciário e como naturalmente ocorre seu íntimo contato com as circunstâncias do caso concreto dadas as suas especificidades mais raras e singulares relativamente aos demais poderes. A aptidão natural do judiciário, advinda de sua própria conformação e dos princípios seculares que lhe

conferem a proximidade e a isenção necessárias para relativizar institutos de alto relevo constitucional (portanto, dotados de supremacia) em conformidade com a própria teleologia da constituição, está igualmente demonstrada em sua literalidade eloquente.

A coerência desse raciocínio se confirma quando ao verificar no arcabouço normativo infraconstitucional instrumentos que regulamentam essa peculiaridade do poder judiciário, encontra-se instrumentos como previsões de nulidades, anulabilidades, previsões de revisão contratual (*rebus sic standibus*), modulações de efeitos da declaração de inconstitucionalidade e mesmo inversões de ônus probatório na ceara processual.

A conclusão, nesse ponto da obra é de que factualidade dos casos submetidos ao judiciário remete ao elemento da contingência/Realidade detalhada, que se faz presente de maneira sutil na ponderação, na atuação singular do poder judiciário, na teleologia das previsões constitucionais e especialmente na eventual relativização de institutos jurídicos sólidos e centrais de previsibilidade, sempre consagradores da segurança jurídica, mas que eventualmente, mediante a atuação singular do juiz, poderão não prevalecer, pois eles também não são absolutos.

A compreensão do funcionamento do sistema jurídico, a partir das mais diversas perspectivas (especialmente da perspectiva sistêmica Luhmanniana), é condição para a propositura e aferição da viabilidade de soluções para problemas que afligem os analistas críticos do Direito que se deparam com os mais diversos marcos programáticos ao buscarem a racionalidade do subsistema jurídico. Não é por acaso que Juan Rivero Lamas e Mozart Victor Russomano atribuem ao jurista a função de colaborar na tentativa de conjugar a racionalidade econômica com a proteção dos trabalhadores (racionalidade do subsistema do Direito do Trabalho), sem cair nos excessos do neoliberalismo, ao invés de ficar se lamentando pela fragmentação do patrimônio tradicional do Direito do Trabalho (Barbagelata, 2012, p. 126).

Portanto, ainda que se faça uma construção teórica pautada na dogmática jurídica, a abordagem sistêmica e aberta para a interdisciplinaridade constitui uma lente de potente força elucidativa e um fomento à educação para a comunicação intersistêmica, uma vez que a multiplicidade de racionalidades inerente aos subsistemas que compõem o ambiente (entorno interno ao sistema social global) do sistema do Direito fica no ponto cego da presente abordagem metodológica, ajudando nas ações referidas por Rocha e Weyemüller (2014, p. 9) direcionadas para a superação das dificuldades comunicativas intersistêmicas. Desse modo, a presente abordagem pode ter o condão de transcender a limitação da heurística focada num

único subsistema que, se fosse o caso, ficaria limitada por seu respectivo código (Rocha; Weyemüller, 2014, p. 25). No presente marco teórico a visão do observador amplia-se, e novos caminhos se apresentam.

### 3.2 PRINCÍPIOS INCIDENTES E BOA-FÉ OBJETIVA

Para a análise da extensão e dos limites inerentes aos atos jurídicos praticados no âmbito da relação empregatícia, adota-se na presente pesquisa o pressuposto amplamente acatado na ordem jurídica brasileira (inclusive doutrina e jurisprudência) de que a relação de emprego possui natureza contratual. Desse modo, em decorrência desse contrato, desenvolvem-se relações obrigacionais e incidem sobre essa relação jurídica, a normatividade dirigista trabalhista, ao mesmo tempo em que tal contrato tem sua compreensão modificada pela sofisticação que paulatinamente qualifica a ciência jurídica na modernidade.

Nesse contexto, e na toada do que dispõe a CLT, a relação empregatícia, além de ser influenciada pela complexificação da sociedade, da economia, e da tecnologia, também sofre os influxos da teoria geral do direito, da teoria geral dos contratos e da teoria geral das relações obrigacionais naquilo que não contravier as especificidades do ramo trabalhista.

Assim, a compreensão da relação de emprego como um processo, na esteira das doutrinas oitentistas (1980) (Orlando Gomes, Clóvis Couto e Silva e outros, no Brasil), favorecendo a percepção da dimensão das relações obrigacionais que permitem identificar momentos pré e pós contratuais nos quais a conduta dos sujeitos da relação jurídica permanece sendo relevante para o tratamento jurídico da relação. Num contexto de superação do paradigma voluntarista da autonomia da vontade pela autonomia privada (o que não é estranho à roupagem que o direito do trabalho confere ao contrato de emprego, apenas diferente da roupagem civilista comum), como destaca Roxana Borges (2007), bem como de um efeito irradiante (Nipperdey) decorrente da expansão do âmbito de incidência dos princípios infraconstitucionais (pós-positivismo) e mormente os constitucionais (neoconstitucionalismos e constitucionalização do Direito) leva o interprete a considerar a incidência do princípio da boa-fé (expressamente previsto em nossa ordem jurídica) sobre o contrato de emprego e conseqüentemente, sobre a dispensa coletiva. Assim o fez o STF no

Tema 638<sup>23</sup> de Repercussão Geral, merecendo, porém, aprofundamento doutrinário em sede acadêmica.

É preciso compreender a relação obrigacional em sua complexidade, a partir da evolução do pensamento do direito obrigacional no âmbito da teoria geral do direito civil, e compreender que o direito do trabalho, enquanto um direito não penal (considerando suas subdivisões, v.g. direito administrativo do trabalho etc.) é um direito historicamente civil lato sensu. Bebendo da fonte da teoria geral do direito, embora o valor “justiça social” possua maior centralidade em no surgimento e desenvolvimento do Direito do Trabalho do que em outros ramos oriundos do Direito Civil (Barbagelata).

Elucidar a relação obrigacional, destacando que ela ultrapassa o mero vínculo da obrigação principal, é essencial para entender a dinâmica de incidência da boa-fé objetiva nas relações trabalhistas, mormente nas empregatícias. Adota-se a noção já aceita pela doutrina e didaticamente exposta por Judith Martins-Costa que compreende a relação jurídica obrigacional como uma relação complexa a partir das influências da corrente Pandectista e do vanguardismo da doutrina e da jurisprudência a partir de 1900, superando a perspectiva exclusivamente formal oriunda do Direito Romano, atualmente insuficiente (Martins-Costa, 2015, p. 197-203).

A referida autora elucidada a evolução do pensamento do direito obrigacional partindo da perspectiva atomista rumo à ideia de totalidade para chegar à noção de relação complexa (Martins-Costa, 2015, p. 208-209) e processual que permite compreender a aplicação da boa-fé objetiva aos contratos de emprego limitando das dispensas coletivas, conforme aplicado no tema 638 do STF.

A noção atualmente muito difundida enquanto conceito de processo, como conjunto de atos interligados, ordenados e tendentes a um fim, é apresentada por Clóvis Couto e Silva (2006) no contexto do direito material obrigacional, servindo de base para a compreensão de

---

<sup>23</sup> “CONSTITUCIONAL. DIREITO DOS TRABALHADORES. DISPENSA EM MASSA. INTERVENÇÃO SINDICAL PRÉVIA. EXIGÊNCIA. ART. 7º, INCISOS I e XXVI, da CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. Os direitos sociais fundamentais trabalhistas são corolários primários do modelo político alcunhado de Estado Democrático de Direito. 2. As relações contratuais, em geral, e as relações contratuais trabalhistas, em particular, devem considerar sujeitos e objetos concretos. 3. Diante da previsão constitucional expressa do artigo 7º, I e XXVI, da CRFB, é inadmissível o rompimento em massa do vínculo de emprego sem a devida atenção à negociação coletiva. 4. Recurso extraordinário não provido, com fixação majoritária, vencidos os Ministros Edson Fachin e Ricardo Lewandowski e a Ministra Rosa Weber, da seguinte tese: "A intervenção sindical prévia é exigência procedimental imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores, que não se confunde com autorização prévia por parte da entidade sindical, ou celebração de convenção o acordo coletivo" (Brasil, 2022a).

que há um feixe de consectários da relação obrigacional, que não desprezará a perspectiva objetiva nem a subjetiva de análise da relação, transcendendo a obrigação principal, rumo à necessidade de cooperação e colaboração entre os sujeitos da relação (Martins-Costa, 2015, p. 216-217).

Ao fazer a análise interna da relação obrigacional, no âmbito da teoria geral das obrigações, a autora explica os interesses da prestação e os interesses da proteção, que repercutem em deveres para ambas as partes da relação obrigacional. Ou seja, credor e devedor, podem ter deveres principais e secundários que estejam afetos à prestação (principal ou secundária) ou à proteção contra danos.

Essa elucidação da estrutura interna da relação obrigacional favorece à compreensão do papel da boa-fé nas relações obrigacionais, pois expõe de maneira didática o papel jurisdicativo da boa-fé, que se torna fonte de deveres jurídicos na relação obrigacional mesmo sem previsão legal expressa, estejam esses deveres anexos ou ligados instrumentalmente ao dever de prestação, ou; anexos ou ligados instrumentalmente ao dever de proteção contra danos ao outro contratante, bem como ao seu patrimônio; tal caracterização dependerá se estar-se-á analisando interesses correlatos à prestação ou à proteção (Martins-Costa, 2015, p. 216-217). Do mesmo modo, a boa-fé exercerá seu papel jurisdicativo na ceara trabalhista.

Dentre as já referidas funções que os princípios exercem no sistema jurídico, aqui destaca-se a função informativa, que repercute da atuação do legislador, servindo como fonte material do direito do trabalho, gerando a energia política necessária para estimular o legislador na criação de fontes formais do direito do trabalho. Essa perspectiva não fica ao largo da teoria sistêmica, que além de destacar o acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico, destaca a energia que o princípio da boa-fé produz, convergindo com a autora supracitada, conforme se nota das lições de Filas em sua concepção sistêmica do direito laboral.

O autor argentino, ao abordar a formação e o funcionamento do sistema jurídico, Rodolfo Filas, ao definir o Direito genericamente como “energia”, aponta a saída normativa (produção de normas) e classificar as normas, aduz que “a boa-fé e as exigências humanizadoras da produção funcionam como ativadores energéticos”, destacando o papel do direito na transformação da realidade e do pensamento crítico domo detonador de reformas e táticas culturais e operativas (Filas, 1998, p. 19-25).

A verificação do modo como irá incidir a boa-fé objetiva sobre um caso concreto dependerá das características do caso em tela. Essa característica remete ao método de ponderação de valores feito a posteriori pelo aplicador da lei diante da incidência de princípios, nos moldes do que elucida Alexy a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Nessa mesma linha encontramos lições de Martins-Costa (2015, p. 218) afirmando a impossibilidade de tipificação antecipada e apriorística do conteúdo dos deveres (como o dever de informação numa relação obrigacional) que exsurgem numa relação obrigacional sem que haja disposição expressa da lei ou das partes.

Nesse caso, é a natureza do negócio e a posição das partes no caso concreto que deverão ser cotejadas com a boa-fé, ficando ligados imediatamente ao dever principal quando relativos a interesses da prestação e ligados apenas mediamente ao dever principal quando relativos a interesses de proteção (Martins-Costa, 2015, p. 219).

Para ter em conta a incidência do princípio da boa-fé objetiva nos contratos de emprego, especialmente quando analisados sob a ótica do direito coletivo do trabalho, deve-se considerar que as obrigações principais e acessórias do contrato de emprego devem ser pautadas em critérios de cooperação – o que remete à função social da empresa e, de certo modo, à corrente institucionalista do contrato de emprego, que apesar de não ser prevalecente, inspirou o Art. 2º da CLT, conforme registro de Rodrigues Pinto (2006) –, e não de colaboração (termo por vezes utilizado para designar deveres anexos, que também serão conceituados no presente capítulo), como se costuma propalar no meio corporativo, e que pela etimologia remete a laborar ao lado de outrem (Porto, 2009), diversamente da subordinação jurídica que hierarquiza as relações entre contratante e contratado na esfera juslaboral.

Os corolários da incidência da boa-fé nas relações obrigacionais são observados de maneira didática, pois mediante classificação, brilhantemente esboçada por Martins-Costa, pelo que se faz mister valer-se da literalidade de seu escólio para ulterior aprofundamento e correlação com o objeto de pesquisa (dispensa coletiva). Vejamos:

[...] cada negócio jurídico é particularizado pela existência de um complexo de deveres e de interesses: (i) há deveres de prestação, principais e secundários; (ii) há deveres anexos ou instrumentais aos deveres de prestação; (iii) há deveres de proteção contra danos que poderiam advir do negócio jurídico (Martins-Costa, 2015, p. 216-217).

A decisão do Supremo no Tema 638 remete à aplicação do princípio da boa-fé objetiva às dispensas coletivas que fossem realizadas a partir da fixação do precedente, entretanto não explica como esse princípio impõe limites ao ato do empregador de extinguir

uma pluralidade de contratos de emprego e eliminar postos de emprego sem qualquer motivo relacionado à conduta dos sujeitos atingidos pela medida. Muito se discute acerca do caráter de direito potestativo do ato de dispensa imotivado, e contra esse argumento, sem previsão expressa na ordem jurídica, opõe-se a expressa previsão constitucional de proteção do emprego em face das dispensas arbitrárias ou sem justa causa nos termos de lei complementar (ainda não editada).

O presente foco nos deveres anexos não retiram a centralidade dos deveres de prestação, que podem ser principais (determinando, por vezes, a natureza do negócio jurídico) ou secundários/acidentais (acessórios ou com prestação autônoma), quando preparatórios, supletivos ou quando dependem da ocorrência de certos eventos para que se verifiquem, ambos concretizando o escopo da relação obrigacional (Martins-Costa, 2015, p. 220-221).

Os deveres anexos (que aqui, não serão adjetivados de deveres de colaboração, posto que apesar de remeter à disciplina da boa-fé no direito processual civil positivado no CPC/15 (Brasil, 2015), incorre em ambiguidade do ponto de vista etimológico com a perspectiva flexibilizatórias do direito do trabalho relacionada ao labor parassubordinado), por sua vez, não confundem com os deveres de prestação principais ou secundários, dado seu caráter de instrumentalidade (ligado imediatamente aos interesses da prestação), otimizando o adimplemento satisfativo determinando o “como prestar”, tendo ainda seu fundamento último, sempre, a boa-fé em suas funções principiológicas interpretativa e da integrativa (Martins-Costa, 2015, p. 222-223).

São os deveres anexos que repercutem significativamente na análise da extensão e limites da dispensa coletiva à luz da ordem jurídica brasileira, que prevê expressamente a boa-fé no código Civil de 2002, seja no Artigo 113, que ressalta sua função interpretativa, no Artigo 187, enquanto limite ao caráter de licitude dos atos jurídicos ou ainda no Artigo 422, que destaca seu caráter principiológico e a cogência que decorre dessa natureza normativa. É essa perspectiva que está subjacente à argumentação adotada na Tese 638 do STF, que remete a esse relevante princípio não apenas no voto do Ilmo. Min. Edson Fachin remetendo aos seus escólios doutrinários, assim como em ementa de jurisprudência do TST 15 citada pela Eminente Min. Rosa Weber, que seguem a discussão já estabelecida na instância anterior a respeito das repercussões dessa incidência e de sua ocorrência (bem como violação, a despeito da modulação dos efeitos da decisão) no caso Embraer, segundo consignado no Acórdão da SDC do TST, que inclusive, cita a Doutrina de Clóvis do Couto e Silva (2006).

Não se pode confundir os deveres anexos ou instrumentais com os deveres de proteção. Os deveres de proteção concernem à proteção contra danos às partes e ao seu patrimônio. Os deveres de proteção são devidos em face de um sujeito da relação obrigacional que assume a posição jurídica de credor de uma tutela da “integridade de sua esfera jurídica” efetivada por um dever geral de adoção de medidas atípicas teleologicamente preventivas de danos e desvinculadas da realização ou substituição da prestação (Martins-Costa, 2015, p. 224).

Tais deveres de proteção, que podem ser de prestação positiva ou negativa, voltam-se à proteção do *status quo* e auxiliam na realização dos fins do contrato (Martins-Costa, 2015, p. 224). Ocorre que no contrato de emprego, para além da finalidade de sustento pessoal e familiar por parte do empregado (Martinez, 2022) e de aferição de proveito econômico/lucro por parte do empregador, há uma finalidade contratual menos subjetiva e de grande repercussão na interpretação das cláusulas contratuais, sistema de nulidades, verbas decorrentes da cessação e indenizações que é sua duração. O contrato almeja vigor indefinidamente, ou seja, ele ordinariamente será pactuado por tempo indeterminado, somente podendo ter termo previsto *certus an et certus/incertus quando* diante das hipóteses excepcionais autorizativas previstas na ordem jurídico-positiva.

Tal perspectiva, mais objetiva e consagrada na doutrina e na jurisprudência (com repercussões na ceara processual [Súmula 212 do TST]) pelo Princípio da Continuidade da Relação de Emprego, que naturalmente se insere no contexto das dispensas coletivas e da repercussão desse ato empresarial na esfera jurídica dos demais contratantes a título individual e as consequentes repercussões nos interesses da coletividade que trazem a lume a usual natureza de ordem pública das normas de Direito Individual do Trabalho.

O estudo da teoria geral da relação obrigacional sob a ótica do princípio da boa-fé conduz à conclusão de que existem interesses que a ordem jurídica protege e, que transcendem a prestação objeto da relação obrigacional. Esses interesses geram deveres que, quando violados, independentemente do cumprimento da obrigação principal, precisam ser indenizados.

É o que se nota das lições de Martins-Costa (2015, p. 226), que são compatíveis com a análise da relação jurídica empregatícia e, em regra, não guardam diferenças juridicamente relevantes para com o exemplo do pintor de paredes que revela indevidamente segredo do seu contratante ao qual teve acesso em razão da prestação dos serviços. Segundo a autora, a violação desse dever de proteção é da modalidade positiva (exige conduta comissiva)

independente de inadimplemento absoluto ou mora relativamente à obrigação principal (Martins-Costa, 2015, p. 226). O exemplo, transferido para o cenário empregatício, sofreria a incidência do Art. 223-D da CLT, criado pela reforma trabalhista de 2017, não obstante antes de sua promulgação tal dever de proteção poderia ser extraído diretamente do Princípio da boa-fé (Martins-Costa, 2015, p. 228).

No caso da dispensa coletiva também há um dever de prestar informação, de agir de forma transparente e de negociar o modo de cessação do contrato, todos, igualmente, com natureza jurídica de dever de proteção, pois voltados à prevenção de danos (Martins-Costa, 2015, p. 227), de modo que seu descumprimento acarreta uma violação negativa do contrato (pois perpetrada mediante conduta omissiva, um *non facere*). Todos esses deveres de proteção foram abordados no tema 638 do STF no voto da Min. Carmem Lúcia, que inclusive alude à Convenção 158 da OIT (denunciada unilateralmente pelo presidente da república mediante Decreto 2.100/1996 e que será objeto de análise em capítulo próprio) e a partir das lições da autora supracitada, Martins-Costa e da doutrina de Ezequiel Morais no voto da min. Rosa Weber, às fls. 151 do inteiro teor do acórdão. Sucintamente (como tem que ser) apontando os deveres que aqui estamos a fundamentar. Vejamos:

As obrigações decorrentes da boa-fé objetiva, destinadas a evitar ou minimizar o risco de dano a que estão expostos os contratantes, podem apresentar conteúdo negativo (não fazer) ou positivo (fazer ou colaborar). Destacam-se os seguintes deveres de conduta fundados na boa-fé objetiva, segundo EZEQUIEL MORAIS: (i) dever de cooperação e colaboração; (ii) dever de informação plena, de esclarecimento e de transparência; (iii) dever de agir conforme a confiança depositada; (iv) dever de proteção e cuidado; (v) dever de lealdade e fidelidade; (vi) dever de conservação e guarda; (vii) dever de respeito; (viii) dever de agir conforme a razoabilidade; e (ix) dever de probidade e honestidade [...] (Brasil, 2022a, p. 151).

Apesar de outras relevantes incursões doutrinárias presentes nos votos dos ministros do supremo no julgamento do tema 638 acerca da necessidade de negociação coletiva nas dispensas em massa, como é o caso da citação supra, optou-se pela doutrina de Martins-Costa pela coerência do referencial teórico da autora com o referencial teórico adotado na presente pesquisa, que contempla as macrovisões de Robert Alexy e Niklas Luhmann acerca dos princípios e do sistema jurídico.

As noções de ponderação e da interdependência dos princípios incidentes sobre a relação obrigacional (posto que para Alexy as normas princípio são conjuntivas, portanto, a incidência de uma não afasta a incidência de outra[s]) são relevantes para a coerência e controle cientificidade da análise. Nesse aspecto a autora destaca a sobreposição e a diferenciação entre o princípio da boa-fé e o princípio da confiança legítima, de modo que

alguns dos deveres elencados na decisão do supremo como sendo decorrentes do princípio da boa-fé, para ela, seriam decorrência do princípio da proteção da confiança legítima.

Não se perde de vista, ao invocar o princípio da boa-fé para conformar a relação jurídica empregatícia, que a autonomia privada não pode sofrer restrição indevida de modo a afetar seu núcleo essencial (Sarlet, 2009). A liberdade de escolha e regulação dos próprios interesses é bem jurídico protegido constitucionalmente e relaciona-se com a escolha livre e consciente e estratégias e modos de vida que acarretam consequências inconfundíveis com os já conhecidos riscos sociais, posto que a proteção em face dos riscos sociais não se confunde com a intervenção, por exemplo do estado, nas consequências das escolhas das pessoas indissociáveis do exercício da liberdade filosófica e constitucionalmente atribuída ao ser humano como se nota das reflexões de Ronald Dworkin em *Justiça para Ouriços* (2012).

Ocorre que a autonomia privada, não obstante todas as divergências interpretativas expostas por Martins-Costa, na perspectiva da presente pesquisa, consiste numa esfera de liberdade a ser exercitada nos termos e nos limites da ordem jurídica, e não em conformidade com a vontade das partes, superando, portanto, o paradigma voluntarista, como bem destaca Roxana Borges (2009).

No contrato de emprego, há interesses jurídicos protegidos titularizados por ambas as partes que são objeto de tutela jurídica. É possível, sem citar uma pletera de direitos que tutelam interesses dos empregados, citar os poderes organizacional, diretivo e fiscalizatório do empregador como exemplos da tutela da ordem jurídica a respeito da livre iniciativa para o exercício da atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços – Art. 966 do CC/02 (Brasil, 2002a).

Entretanto, o ato de dispensar empregados, embora envolvido na extensão da legalidade privada e do caráter de liberdade inerente ao contrato de emprego, não recebe da ordem jurídica proteção especial, como recebe a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa (afora as hipóteses de restrição consideradas estabilidades provisórias [Art. 7º, I da CF/88]).

A autonomia privada (interdependente com a boa-fé, a confiança e a autorresponsabilidade) se insere no contexto de uma “ordem jurídica voltada a assegurar também a proteção das expectativas geradas no *alter*” (Martins-Costa, 2015, p. 229). Essa autorresponsabilidade remete às lições de Dworkin (2012), destacando a ideologia que antagoniza o excessivo paternalismo Estatal, ou seja, mesmo numa sociedade liberal, a

imputação de responsabilidade se volta para a confirmação da confiança depositada sobre o agir comunicativo do ponto de vista da teoria Luhmanniana (Martins-Costa, 2015, p. 237). Daí a importância de se protegerem as expectativas legitimamente provocadas no *alter*.

Por isso, diante da ausência de norma-regra específica e detalhada acerca da conceituação, tratamento, limites e regulamentação da dispensa coletiva, deve-se lançar mão das normas princípio disponíveis na ordem jurídico-constitucional com responsabilidade mas sem se deixar paralisar pelo receio de fazer opção política, como destaca o MPT em seu parecer no âmbito do julgamento do Tema 638 em sede de tribunal superior, pois a opção política já foi feita pelo constituinte, que trouxe à baila os valores convergentes e deu a última palavra ao Supremo, de modo que a decisão, em um ou outro sentido, foi prevista pelo constituinte e paralisar-se a ponto de não exercê-la é que seria inconstitucional (Kelsen, 2006).

A perspectiva de Martins-Costa acerca do teor normativo, de maneira estática, dinâmica ou estrutural é avançada por considerar, diferentemente de Alexy (2014; 2017), que remete às múltiplas possibilidades de resultado da ponderação a depender das características do caso concreto, resultando na formulação de uma norma-regra formulada pelo interprete/aplicador do Direito, Martins-Costa (2015, p. 229) dedica atenção à Coerência substancial.

Ela se refere à Coerência substancial a partir das lições de Pontes de Miranda, que poderia também ser referenciada a partir das lições de Dworkin em uma questão de princípio ao tratar da integridade do sistema, que é imprescindível, desde o ponto de vista jusfilosófico que pode topograficamente se localizar de maneira líquida na intersecção entre o Direito e a Arte ou mesmo no rigor da pretensão de uma ciência metodologicamente pura, como almejava Kelsen (2006) ao gnosiologicamente buscar delinear o objeto de estudo do direito e seu rigor metodológico. Assim, há de se buscar critérios que indiquem qual princípio deve prevalecer nos casos concretos (Martins-Costa, 2015, p. 229), não descurando a relevância de um sistema misto de regras e princípios destacada por Alexy (2017).

Em consonância com a característica da aplicação conjuntiva dos princípios destacada por Alexy (2017), Martins-Costa afirma que os princípios da boa-fé e da confiança, além de interdependentes, se reforçam mutuamente; sendo que isso ocorre nos negócios jurídicos em geral, posto que são a maior ferramenta de efetivação da autonomia privada (Martins-Costa, 2015, p. 230) no sistema de produção capitalista, sem desconsiderar que essa autodeterminação, por mais desejada que seja, sempre comportará limites.

Tal aspecto da relação jurídica merece grande destaque quando se fala em contrato de emprego, posto que o elemento pessoalidade já confere uma fidúcia especial (mais intensa) a esse contrato com relação à generalidade dos negócios jurídicos (mormente na relação de emprego doméstico, embora esta não seja objeto do presente estudo).

Essa confiança gera expectativa, que gera direito. Para Luhmann (2005, p.53) o Direito tem as funções de assegurar expectativas e direcionar condutas. Martins-Costa (2015, p. 230) destaca que ao confiar no exato cumprimento daquilo que foi prometido, independentemente de qualquer fato que venha a garantir seu cumprimento, estamos a tratar de boa-fé e da confiança legítima, no contrato de emprego. Podemos apontar, com base em suas lições, que a manutenção dos contratos a título genérico e coletivo é assegurado pela ordem jurídica *de per sí* (por si mesmo, sem o cotejo com o sistema moral, por exemplo) e independentemente de qualquer conduta ou provocação dessa expectativa pelo princípio da continuidade da relação de emprego (2015, p. 230).

Há que se considerar que a expectativa de continuidade da relação de emprego é bem jurídico com valor econômico e social. Veja-se que em nossa ordem jurídica os servidores públicos, ocupantes de cargo público e regidos pelo regime jurídico único de direito administrativo não possuem direito ao fundo de garantia do tempo de serviço (direito que historicamente resulta da flexibilização da estabilidade decenal celetista, se tornando obrigatório com a CF/88) e em contrapartida adquirem estabilidade após o estágio probatório (Art. 20 da Lei 8.112/90).

Apesar dessa aparente equivalência jurídica e de diversos fatores que podem ser objeto de comparação entre vínculos submetidos a regimes jurídicos diversos (como a progressão na carreira), não é empiricamente usual que um titular de cargo público peça exoneração para assumir função idêntica no setor privado, com os mesmos direitos e mesma progressão na carreira, e isso não ocorre porque o setor privado, em regra não assegura estabilidade. Desse modo, com essa reflexão empírica, busca-se demonstrar, ainda que filosoficamente, que a consequência comportamental por parte do empregado diante de um vínculo precário e de incerta continuidade, é a busca pela desvinculação almejando outro vínculo mais duradouro.

Quando a demanda por mão de obra se torna maior que a oferta (o que é raro diante do poder do capital de influenciar ou controlar tal demanda (Marx, 2017), o capital encontra dificuldade de manter mão de obra qualificada em seu capital humano, por outro lado, em tempos de crise econômica, às quais o capitalismo está propenso (Harvey, 2011, p. 41), a

moeda de troca que livra o trabalhador hipossuficiente e precarizado do encerramento do contrato é a flexibilização de direitos (Pinto, 2003).

Nota-se, portanto que o nível de confiança (eficácia social do princípio da confiança legítima) que se consegue assegurar à perenidade contratual empregatícia é definidora dos rumos da relação jurídica e do que se deseja fomentar no sistema econômico. Ocorre que a confiança é um fenômeno que naturalmente existe na sociedade, e que é essencial para o bom funcionamento do sistema econômico capitalista. Ocorre que o Direito não é apenas norma, é também valor e fato social (Reale, 2012) o que não contradiz a perspectiva Kelseniana de pureza metodológica que busca impedir que a ideologia se passe por direito, mas sem a propalada pretensão de tornar o Direito puro, tornando pura apenas sua metodologia, favorecendo à aferição exata do seu objeto de estudo, à luz da interpretação da filosofia kelseniana explicada por Óscar Correias (1989, p.27-28) em “*El otro Kelsen*”.

Posto que a confiança já é fato social necessário ao bom funcionamento do sistema econômico, a supra referida função do direito de assegurar expectativas e direcionar condutas (Luhmann) é implementada pela “juridicização” do valor confiança em forma de norma-princípio que tem o papel de reforçar deontologicamente a confiança legítima e de servir como catalizador do seu surgimento espontâneo na sociedade diante do efeito coercitivo que a norma exerce sobre o destinatário que sabe da sanção que poderá ser infligida diante da constatação formal do descumprimento da norma e da possibilidade de sua efetivação mediante o cumprimento forçado em decorrência da exigibilidade dos direitos por meio da jurisdição.

Portanto, como bem afirma Martins-Costa (2015, p. 233), o princípio da confiança complementa a autonomia privada potencializando o efeito de vinculação dos negócios jurídicos, o que ocorre do ponto de vista etiológico (confiança como causa da vinculação) e do ponto de vista ôntico (confiança como estrutura e existência fática, ou seja, como consequência da vinculação, da seriedade e da legitimidade das declarações negociais [já pautadas na confiança]). O movimento circular percorrido pela autora, corrobora a sua pertinência perante o referencial teórico sistêmico, que por sua vez, se mostra metodologicamente relevante para o presente estudo.

Essa ligação entre a boa-fé se coaduna com a já referida fidúcia especial da relação de emprego, que está no núcleo desses dois princípios, sendo que o princípio da confiança não se reduz à boa-fé crença (subjativa) (Martins-Costa, 2015, p. 233), embora com ela se relacione de maneira interdisciplinar, de modo que independentemente da propensão subjativa dos

sujeitos da relação jurídica para a *fides*, a ordem jurídica deseja dotar essa relação jurídica de estabilidade (incluída a continuidade da relação de emprego) e desse modo se conclui pela cogência do dever de estabilidade dos comportamentos desses sujeitos, como se extrai da teoria geral das obrigações (Martins-Costa, 2015, p. 233). Em suma: “A confiança ora referida é uma *fides* adjetivada, dita <<legítima>> porque legitimada por uma <<situação de confiança>> (derivada da lei, do negócio, dos usos ou do comportamento alheio) [...] O que a boa-fé tutela, portanto, não é qualquer expectativa” (Martins-Costa, 2015, p. 235).

Há de estar presente uma razão racionalmente controlável, seu objeto precisa estar investido de uma confiança decorrente de um comportamento ou omissão apto a gerar essa confiança qualificada, evitando assim pretensões fundadas em representações injustificadas (Martins-Costa, 2015, p. 235-236). A boa-fé encontra, portanto, suporte axiológico para gerar pretensões de restrição aos atos de cessação do contrato de emprego no princípio da continuidade da relação de emprego.

Enfatiza-se que toda a argumentação desenvolvida encontra ambiente propício no âmbito do direito privado, onde viceja o direito de propriedade privada como um direito fundamental, sendo que não se busca aqui fundamentar tal perspectiva jurídico-científica na crítica aos inconvenientes da propriedade privada, mas apenas conformar seu exercício a padrões civilizatórios mínimos. Talvez seja uma tentativa de equilibrar a noção mais ideológica do que juspositivista de que a dispensa seja um direito potestativo com a noção também ideológica jusfilosófica de que a empresa seja uma comunidade de pessoas, pois como bem destaca Filas (1998, p. 24), essa afirmação não é séria, pois mesmo diante da possibilidade de participação dos trabalhadores na gestão e nos lucros da empresa, para que ela seja efetivamente uma comunidade de pessoas, deverá carecer de dono/proprietário.

Assim, não se deve comprometer os valores constitucionalmente assegurados da liberdade econômica e da livre iniciativa, nem o direito de propriedade, mas todos devem ser cotejados com os ditames da justiça social sem perder de vista o mínimo existencial e a fluência adequada do capital dentro da sociedade capitalista de livre mercado.

A partir da garantia das expectativas e do direcionamento de condutas, a norma jurídica pode alterar a probabilidade de ocorrência de determinadas condutas (Martins-Costa, 2015, p. 236), sendo que a estrutura programática responsável por tal desiderato é a boa-fé, que direciona a fixação de deveres segundo a natureza da relação jurídica em tela, interagindo com outros princípios. Tanto a boa-fé quanto o princípio da continuidade da relação de emprego alteram as probabilidades de cessação da relação de emprego, mormente se

vislumbrados em conjunto pelo interprete, quando, certamente, o interprete concluirá que essas normas não podem ficar alheias às dispensas em massa.

São vários os mecanismos tipicamente utilizados no âmbito de uma negociação coletiva para minimizar os efeitos nocivos e até mesmo evitar uma dispensa coletiva. No próprio Tema 638 são citados alguns. Mas pensando de maneira singela no dever de transparência e lealdade decorrentes da boa-fé e na expectativa legítima decorrente da contratação por tempo indeterminado, surge o questionamento se o tempo, que fulmina uma série de fenômenos dentro e fora do âmbito de estudo das ciências jurídicas, e que repercute no direito sob a forma de prazos, preclusões, prescrições, decadência e outros institutos; será que não seria capaz de minimizar os efeitos da dispensa coletiva?

Certamente existem barreiras econômicas, sociais, geográficas e de inúmeras naturezas, que parecem não estar diretamente relacionada ao tempo. Entretanto, imagine-se hipoteticamente que uma dada empresa, sabendo da mudança de uma determinada tecnologia e das previsões no seu setor econômico, comunicasse à sociedade, aos trabalhadores e ao governo, com antecedência de dez anos a data exata em que cessaria suas atividades em uma determinada fábrica. Será que os danos decorrentes da dispensa coletiva seriam os mesmos gerados se a referida comunicação viesse com apenas dois anos de antecedência? Certamente que não.

Claro que na prática muitas empresas só descobrem a necessidade de realizar a dispensa coletiva quando ela se torna necessária de maneira iminente, mas este seria apenas um fator a influenciar no tratamento jurídico que precisa ser aprimorado no que toca à dispensa coletiva. Conquanto pendente a regulamentação, algumas razões inafastáveis já repousam nos princípios abordados e servem de supedâneo para a busca de um caminho juridicamente adequado.

Enquanto não há normas expressas e detalhadas de imputação, a responsabilidade que otimiza o tempo e os riscos dos processos decorrentes de frustrações injustificadas pode ser encontrada na boa-fé, que de maneira objetiva otimiza a atribuição da confiança (uma confiança qualificada), seja diante da autovinculação (conduta) ou da natureza da relação e sua regência jurídica (Martins-Costa, 2015, p. 237).

Ao tratar da boa-fé Martins-Costa (2015, p. 251) adverte que naqueles atos essenciais à vida em sociedade, nos quais o elemento volitivo se encontra minimizado e que recebe tratamento jurídico diferenciado, podendo ser praticado por incapaz sem que haja

tecnicamente nulidade, os chamados atos existenciais, recebem uma incidência mais forte do princípio da boa-fé, o que se mostra compatível com o direito individual do trabalho. Mas a dispensa coletiva é tema de direito coletivo do trabalho e, nesse âmbito, presume-se equilíbrio de forças, desnecessidade de proteção dos sujeitos coletivos.

Embora a repercussão seja em grande parte sobre o trabalhador e sua família, quando se opta por priorizar a característica mais forte de ato de direito coletivo, parece restar fragilizado o argumento de que haveria uma incidência mais intensa da boa-fé, mas haverá repercussão indireta dessa máxima, pois “o Direito considera as assimetrias sociais, intentando corrigi-las normativamente por via de regras e de princípios. Nesses casos, o princípio da boa-fé atuará, então, mais fortemente no controle do conteúdo do contrato” (Martins-Costa, 2015, p. 251). Resta fazer a análise sistêmica para compreender em que medida haverá tal repercussão indireta.

O que já se pode afirmar, a partir do referencial teórico consultado, é que a importância da incidência da boa-fé objetiva não elimina por completo o desequilíbrio que a dispensa coletiva gera para os direitos a coletividade. Isso ocorre porque, em consonância com a destacada natureza de instituto de direito coletivo do trabalho da dispensa coletiva (Tema 638 do STF), no capitalismo leve/líquido descrito por Zygmunt Bauman (2011, p.70) em *Modernidade Líquida* a atuação das empresas transnacionais se destaca. Isso demanda do direito nova roupagem e novos mecanismos para lidar com a complexidade inovadora dessas relações e das novas consequências desse fluir do capital, que escapa aos mecanismos rígidos e lentos do direito estatal.

Nesse sentido, Lopes (2014, p. 9-10) aborda a tentativa da ONU de lidar com a atuação dessas empresas por meio de normas com natureza de recomendação (não cogentes) adotada em 1976 que adota e implementa o modelo de Código de Conduta das Nações Unidas sobre Empresas Transnacionais, que segundo Rodolfo Filas (1998, p. 26), constitui estratégia de desenvolvimento para o terceiro decênio (1980-1990, Art. 70), mas que por ser vista como obstáculo à atração de investimentos, foi totalmente abandonado em 1992 (Lopes, 2014, p. 9-10).

Ocorre que apesar do avanço exponencial das tecnologias de informação e do crescimento constante da complexidade e da massificação das relações sociais, essa forma de agir transnacional, segundo Filas (1998, p. 27), enseja a necessidade de observância do direito à informação atue também nesse nível, não se limitando ao estabelecimento ou ao âmbito

nacional. Lógica que abrangeria o conselho de empresa, a negociação coletiva e o direito de greve.

Portanto, a noção de boa-fé objetiva como valor inerente à ordem jurídica interna é insuficiente para lidar com problemas complexos que ultrapassam as fronteiras geográficas e econômicas do Estado-nação no mundo globalizado. Por isso a importância de elucidar o tema da Convenção 158 da OIT e seu status jurídico no ordenamento jurídico brasileiro. O que será objeto de capítulo próprio.

#### 4 DISPENSA EM MASSA E OS VALORES JURIDICOS A SEREM TUTELADOS

A necessidade de voltar para a dispensa em massa uma atenção especial do ponto de vista do Direito decorre dos efeitos deletérios que ela tem o potencial de causar em razão de sua dimensão e do contexto em que se insere, pois as dispensas coletivas não ocorrem em abstrato. Esses efeitos, segundo a doutrina e a restrita e recente jurisprudência que servem de supedâneo para o presente trabalho de pesquisa, decorrem de sua natureza de ato jurídico de natureza coletiva, ou seja, de fenômeno pertencente à esfera do conhecimento jurídico responsável pelo estudo do Direito Coletivo do Trabalho, e não do ramo individual justrabalhista.

Evidentemente os atos coletivamente praticados possuem impacto na vida de cada trabalhador atingido quando individualmente considerado, mas o caráter coletivo envolve justamente a transcendência desse potencial básico, afetando a vida comunitária, as famílias, a sociedade, a economia local e, a depender da abrangência, a economia regional ou nacional.

A necessidade de proteção desses valores, que nos termos da teoria dos princípios de matriz alemã (Robert Alexy) se converte em produção normativa principiológica muito característica do sistema de direitos fundamentais, que se relaciona intimamente com o direito laboral individual e coletivo, mas que em tempos de maior aceitação dos neoconstitucionalismos (pós segunda guerra mundial) e da consequente constitucionalização do direito, levam a argumentação jurídica ao encontro do debate democrático de razões no âmbito das decisões judiciais.

O próprio Robert Alexy, expoente dessa teoria jurídica cuja obra datada da década de 1980 influencia o pensamento jurídico contemporâneo no Brasil fortemente, não deseja com sua teoria obter respostas únicas e indiscutíveis para esses casos de embates entre valores juridicamente protegidos na forma normativa de princípios, mas aponta um caminho racional pautado na experiência alemã a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional, que seja capaz de oferecer balizas que certamente servem de proteção em face do decisionismo, o que certamente não se vislumbrará nos eventuais casos de má aplicação da teoria.

Ocorre que o embate de ideias e razões, apresentados de maneira argumentativa e racional, no âmbito do debate público, ainda que judicial (ressaltando-se as técnicas processuais contempladas pelo CPC/15 (Brasil, 2015) na formação de precedentes, mormente

o *Amicus Curiae*) possui aptidão para desvelar o fenômeno da dispensa em massa e indicar a regulamentação jurídica mais adequada a partir das premissas fáticas e jurídicas trazidas aos autos.

A apresentação dos argumentos que amparam a tese de impossibilidade da obtenção de uma solução adequada para o tratamento jurídico das dispensas massivas a partir dos princípios constitucionalmente protegidos, sob pena de resvalar para o campo das decisões/opções políticas com forma de decisão judicial foi feita nos autos da decisão do STF no Tema 638 (RE 999.435 SP) pelo órgão do Ministério Público do Trabalho – MPT.

Porém, tal tese dialoga com muita fluidez com a visão doutrinária contrária à limitação do ato de dispensa coletiva nos moldes em que fora decidido pelo TST em 2009 e pelo STF em 2022. Essa visão doutrinária será analisada em separado, com o objetivo de demonstrar as dificuldades com que a adoção da tese do reconhecimento de limites à dispensa coletiva tem de lidar num debate público democrático, deixando-se a análise dos argumentos do Parecer do MPT para uma posterior abordagem de maneira residual, favorecendo uma maior clareza metodológica na separação entre as fontes doutrinárias e jurisprudenciais.

#### 4.1 DIFICULDADES PARA A REGULAMENTAÇÃO DO TEMA E CONTRAPONTO

Apesar da decisão paradigmática sobre a necessidade de negociação coletiva para a dispensa coletiva ter sido proferida pelo STF em 2022 no âmbito do tema 638 e de tal decisão merecer análise metodologicamente destacada para fins de estudo do objeto desta pesquisa, a doutrina vem abordando o tema faz um tempo considerável (Brasil, 2022b). Seja no âmbito da conceituação, já discutida na década de 1970 seja no âmbito das razões que fundamentam o tratamento jurídico relativo a uma maior ou menor liberdade na prática das referidas dispensas.

Considerando, no presente tópico a necessidade de fontes de pesquisa atuais, e que a maioria dos fundamentos da decisão do supremo foram discutidos e estavam presentes no campo de instituições jurídicas disponíveis no sistema jurídico brasileiro formado principalmente pela CF/88, CC/02 e CLT/43 ao tempo das decisões do TRT2, TRT15 e TST, afigura-se possível lançar mão da doutrina posterior a 2008 na aferição das dificuldades com as quais deve se ocupar o pensamento jurídico contemporâneo acerca das dispensas coletivas.

Em 2016, Mallet já destacava uma série de fragilidades da construção jurisprudencial limitativa da dispensa coletiva, o que aponta um caminho profícuo de enfrentamento de dificuldades argumentativas que devem ser levadas em consideração para a construção de um maior consenso no âmbito dessa temática (Mallet, 2016).

As críticas são múltiplas, abrangendo a fragilidade advinda da baixa densidade normativa<sup>24</sup> de alguns princípios constitucionais suscitados, a exemplo do princípio da solução pacífica das controvérsias (Mallet, 2016, p. 125). Outros fundamentos da decisão dos quais ele discorda são: A existência de lacuna a justificar o seu preenchimento pelo julgador, a inadmissibilidade do exercício abusivo do direito de dispensar e a exigência de negociação coletiva nas dispensas coletivas pelas normas internacionais, mormente as convenções da OIT.

Não obstante reconheça o fortalecimento da argumentação baseada em normas-princípio após a CF/88, afirma que os princípios invocados nas decisões do judiciário trabalhista não eram suficientes para sustentar a concussão de que a negociação sindical prévia seria imprescindível para a validade das negociações coletivas (Mallet, 2016, p. 126-127). Aduz que, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, banalizado de maneira degradante, estaria mais apto, por sua dimensão preferencialmente voltada a proteção dos sujeitos em face dos interesses coletivos, à limitação da dispensa individual (e até mesmo a um aumento do valor do salário mínimo por decisão judicial) do que da dispensa coletiva (Mallet, 2016, p. 129).

No âmbito do direito positivado na forma de regra, ele destaca o silêncio do legislador ao tratar da extinção da empresa nos artigos 497 e 502 da CLT, que ao seu ver, levam a uma interpretação pautada na *mens legislatoris* que aponta não haver vontade do legislador (uma ficção jurídica, como destaca Dworkin na obra “uma questão de princípio”. Acresça-se, legislador infraconstitucional de pré constituição de 1988 [1943] de exigir negociação coletiva nas dispensas coletivas (Mallet, 2016, p. 129).

As críticas do autor continuam mediante a afirmação de que os critérios de colmatação das lacunas justralhista previstos no Art. 8º da CLT teriam sido ignorados e que a legislação alienígena não serve como parâmetro seguro de direito comparado diante da multiplicidade de critérios para a caracterização da natureza coletiva da dispensa (Mallet, 2016, p. 131).

---

<sup>24</sup> Cf. conceito de densidade normativa (Ávila, 2007).

Na mesma toada, Mallet (2016, p. 133) recorda que dispensas individuais e coletivas podem ser abusivas, mas que não há abusividade na dispensa coletiva pelo simples fato dela ser coletiva, e arremata afirmando que nenhuma das convenções da OIT citadas nas decisões da justiça do trabalho possuem previsão textual que permita aferir uma obrigatoriedade de negociação sindical nas dispensas coletiva, ressaltando a ausência de respaldo normativo nacional ou internacional da exigência de negociação coletiva criada jurisprudencialmente.

Antes de expor a preocupação final presente em suas reflexões, o texto de Mallet (2016) aduz que a experiência estrangeira se valo de diferentes critérios para a caracterização de maneira objetiva da dispensa coletiva. Essa caracterização pode ser construída a partir de critérios quantitativos, relativos exclusivamente ao número de empregados, como é ocorre na Alemanha (inclusive com indicação de percentuais), podem ser apenas qualitativos, quando o que determina a natureza de dispensa coletiva é a motivação da dispensa, como os casos de fechamento da empresa ou de um setor da empresa, e ainda pode ser construída a partir da mescla desses critérios, considerando, portanto, a abrangência do ato de dispensa e sua motivação (Mallet, 2016, p. 134). O retromencionado autor ainda destaca que “no Direito Comparado a dimensão da empresa é fator sempre levado em conta para estabelecer a exigência” (Mallet, 2016, p. 138).

Porém, no Brasil, ausentes critérios objetivos legislados, a insegurança na criação da obrigatoriedade decorre da dúvida que surge quanto à hipótese de incidência, ou seja, uma insegurança jurídica em definir a quem se aplica tal obrigação e a conseqüente violação do princípio constitucional da legalidade (argumento constante dos fundamentos do voto vencido do Min. Nunes Marques na decisão do tema 638 [2022, p. 34]), ressaltando que tal exigência seria supostamente violadora de uma proibição de indeterminação vigente em nossa ordem jurídica, consoante o instituto jurídico consagrado no direito italiano (*divieto di indeterminatezza*) (Mallet, 2016, p. 135-136).

E como preocupação final, o autor expõe a incerteza quanto às conseqüências do descumprimento dessa exigência de negociação coletiva, apresentando classificações das conseqüências das violações jurídicas pautadas no direito comparado (Mallet, 2016, p. 138). Nesse caso, ambas as reflexões podem ser afastadas, a análise teórica mediante a consideração do tema a partir da teoria das nulidades (Pontes de Miranda) e a segunda, mediante a análise do precedente formado no âmbito do STF em 2022, que abrange o pagamento de indenização, a ampliação da extensão contratual e a obrigação de fornecer cursos facilitadores da

reinserção dos trabalhadores no mercado de trabalho, nos moldes do que havia sido objeto de apreciação do TST.

Para fazer o cotejo das análises doutrinárias com os argumentos e fundamentações encontrados no *leading case* da Embraer, mister trazer à baila o objeto de apreciação pelo judiciário nessa prestação jurisdicional pautada pelo sistema de precedentes brasileiro sob a ótica dos limites da provocação delineados pela pretensão recursal. Vejamos:

A questão que se trata é exatamente saber se há, ou não, como ressaltou o eminente Ministro-Relator, necessidade de prévia negociação coletiva do sindicato dos trabalhadores para dispensa de empregados em massa. Essa foi a diretriz fixada pelo Tribunal Superior do Trabalho no sentido de que a negociação coletiva seria imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores. O próprio TST considerou uma mudança de jurisprudência com efeitos para casos futuros (Brasil, 2022a, p. 37)

Esclarecidos os limites da apreciação jurisdicional em sede recursal, passa-se ao cotejo das advertências trazidas pela doutrina abalizada, com a decisão do supremo, onde identificam-se vários argumentos aqui já expostos. Eles estão presentes no bojo do inteiro teor do acórdão do STF no processo que deu origem ao tema 638 mediante análise dos relatórios dos votos proferidos pelos ministros do supremo na aludida decisão do RE 999.435/SP em 2022. Esses argumentos não negligenciam pontos de vista relevantes, como os valores abrangentes protegidos por normas principiológicas de hierarquia constitucional, a exemplo do princípio da livre iniciativa e do já referido princípio da legalidade.

São opostos à pretensão de limitação das dispensas coletivas, também a reserva da matéria legislativa “proteção em face da dispensa sem justa causa” à Lei complementar, constitucionalmente direcionada ao poder legislativo no âmbito de sua função típica (e a consequente violação do Art. 2º da CF/88<sup>25</sup> no que toca à separação dos poderes, em caso de limitação das dispensas coletivas por decisão judicial), e; o equilíbrio nas relações de produção, que não se perfaz mediante preocupação exclusiva com os interesses obreiros, deixando de lado a sobrevivência da empresa e interferindo indevidamente no poder de gestão empresarial (Brasil, 2022b, p. 7-8; 25; 27).

No âmbito do que efetivamente foi aproveitado na elaboração dos votos dos ministros, seno considerados argumento mais fortes e, portanto, incluídos, por exemplo, na *ratio*

---

<sup>25</sup> “Embraer e Eleb Equipamentos Ltda. asseveraram violados os artigos 1º, inciso IV; 2º; 3º, inciso I; 5º, inciso II; 7º, inciso I; 114; e 170, inciso II e parágrafo único, do corpo permanente da Constituição Federal e 10, inciso I, do Ato das Disposições Transitórias.” (Brasil, 2022b, p. 27)

*decidendi* do voto (não prevalecente, pois vencido) do ministro Nunes Marques a ausência de exigência constitucional de negociação coletiva para a realização de dispensas coletivas, não sendo esse um critério ou requisito constitucionalmente expresso para a realização das dispensas coletivas, sendo referidos também, o Art. 477-A da CLT<sup>26</sup> (incluído pela reforma trabalhista de 2017) que equipara as dispensas plúrimas e coletivas às individuais e o caráter excepcional da flexibilização de direitos trabalhistas mediante negociação coletiva mediante previsão de hipóteses taxativas (Brasil, 2022b, p. 33-34).

Quanto à flexibilização mediante negociação coletiva, ressalte-se que a lógica da constituição é de proteção de direitos como a irredutibilidade salarial, enquanto o objeto da decisão e da atual análise é a efetivação de direitos mediante negociação coletiva. O exato oposto, e que não conta com qualquer limitação na ordem jurídica, ressalvados os direitos de terceiros, nos moldes do Art. 611-B da CLT (incluído pela reforma trabalhista de 2017).

O voto do Min. Marques ressalta também que a preservação da empresa e dos empregos remanescentes pode depender da realização de uma dispensa em massa (2022, p. 34), mas considerando os argumentos contrapostos, pode-se cogitar que a negociação coletiva sirva justamente para que se possa aferir tal circunstância, que não poderia ser simplesmente presumida, posto que nos moldes da teoria geral do direito, e da prova, nota-se que o ordinário se presume e o extraordinário se prova, nos moldes da máxima difundida pelo doutrinador italiano Nicola Framarino dei Malatesta (2001).

Conforme diretrizes gerais imprimidas no debate racional pelos postulados racionais da argumentação filosófica, como bem destacado por Alexy (2017) em sua teoria dos direitos fundamentais, o contraponto entre duas diretrizes opostas precisa ser norteado por um procedimento que permita resultados coerentes, proporcionais, razoáveis e adequados. Desse modo, encarar de frente a discussão, levando em consideração a importância de cada um dos valores em jogo é imprescindível para a objetividade que metodologicamente se exige do pesquisador, como bem destacam Bourdieu, Chamboredon e Passeron (1999) em *A Profissão de Sociólogo*.

---

<sup>26</sup> A regulamentação da dispensa coletiva, pode vir a ser suprida pelo PL 230/2023 da autoria do Deputado Federal Luiz Motta, para tornar a negociação coletiva obrigatória para a validade da dispensa coletiva. Como ainda não se converteu em lei, está fora do escopo desta pesquisa (Cf. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2347027>).

## 4.2 DISPENSA PLÚRIMA E DISPENSA COLETIVA

A promulgação da Reforma trabalhista com trouxe à tona inúmeros temas que estavam adormecidos no âmbito das discussões doutrinárias justralhistas. Discussões sobre a (in)constitucionalidade de dispositivos, a extinção de princípios, e mesmo a quebra da racionalidade inerente ao Direito do Trabalho.

O tema da dispensa coletivo vinha sendo tratado pela jurisprudência majoritária de modo a considerar necessária a negociação coletiva prévia para sua realização, mesmo sem dispositivo legal infraconstitucional contendo literalmente tal disposição, o que despertava discussões com base em pensamentos e teorias minoritárias de juristas apegados à racionalidade positivista e à literalidade da lei, especialmente considerando disposições mais específicas que as do ordenamento jurídico brasileiro no direito comparado.

O cenário demonstrava estar consolidado a alguns anos o entendimento amplamente majoritário, especialmente no âmbito da jurisprudência, de que a negociação coletiva era imprescindível. No entanto a reforma trabalhista de 2017 (Lei 13.467/2017) inovou no cenário jurídico ao prever norma diametralmente oposta ao entendimento consolidado.

Diante de mudanças legislativas que ignoram valores fundantes do ordenamento jurídico consagrados como direitos fundamentais em nossa constituição, ou seja, dotados de fundamentalidade material e formal, se faz necessário o domínio dos diversos conceitos abordados nas linhas anteriores, como o conceito, a sistematização e o procedimento de aplicação dos princípios mediante ponderação em caso de colisão.

Também é imprescindível compreender como e porque os direitos fundamentais incidem nas relações privadas e condicionam a atividade típica do legislador, seja na compreensão do pressuposto da discricionariedade epistêmica cognitiva ou normativa, que permeia o estudo dos princípios formais ou do postulado da ponderação, que permeia o estudo dos princípios materiais.

Ciente de que a atividade legislativa comporta limites na constituição, e por vezes até limites supraconstitucionais, inclusive na elaboração das emendas constitucionais, vez que se pode cogitar da existência de normas constitucionais inconstitucionais na esteira das lições de Otto Bachof, o estudioso pode se considerar minimamente preparado para adotar uma postura zetética na análise dos textos normativos elaborados pelo legislativo, seja no plano infraconstitucional, seja no plano constitucional.

A norma reformista de 2017 constante do texto do artigo Art. 477-A da CLT pretende igualar o tratamento jurídico dado às dispensas coletivas àquele empregado às despedidas individuais sem considerar o manancial normativo de índole constitucional em sentido contrário constante em nosso ordenamento (Brasil, 2017).

Certamente muito ainda se discutirá acerca da (in)constitucionalidade desse dispositivo. Porém, o presente trabalho se antecipa e perscruta os fundamentos presentes no ordenamento jurídico brasileiro que autorizam a exigência da negociação coletiva nas dispensas em massa, passando pelo direito fundamental ao trabalho, a função social da empresa, a boa-fé objetiva e a doutrina do jusfilósofo alemão Robert Alexy.

Diante da necessidade de realização da negociação coletiva, buscar-se-á instrumentos para a sua efetiva realização, não como mera formalidade aparente, mas como instrumento de mitigação dos efeitos nocivos da dispensa coletiva. Sendo abordado com base na boa-fé objetiva e na proibição do exercício danoso inútil de um direito ou faculdade, como alternativa para a implementação dos direitos fundamentais que alicerçam a necessidade da aludida negociação, o dever de acomodação.

O dever de acomodação tem origem na jurisprudência estadunidense e ganha posterior previsão normativa nos EUA e em outros países, merecendo um olhar atento da doutrina brasileira, que pouco se debruçou sobre o tema, a fim de constatar sua (in)aplicabilidade no bojo do ordenamento jurídico brasileiro. Para isso serão observadas obras de referência sobre o dever de acomodação, que apesar de estar mais comumente relacionado à liberdade religiosa e à acessibilidade da pessoa com deficiência, a priori revela potencial para conferir efetividade à negociação coletiva na dispensa em massa e consequentemente aos direitos fundamentais ao trabalho, da função social da empresa e da boa-fé objetiva.

Para iniciar o contributo acerca da discussão sindical de dispensas coletivas mister conceituar rapidamente o instituto da dispensa coletiva. Pode-se definir de modo sucinto dispensa coletiva como a extinção de uma pluralidade postos de emprego por motivos desvinculados da conduta dos ocupantes desses postos transcendendo os interesses desses indivíduos de modo a afetar bens jurídicos coletivos resguardados pelo direito com a extinção dos contratos de emprego afetados pela necessidade de eliminação dos aludidos postos.

Pode acontecer, entretanto, que por motivos ligados à empresa-estabelecimento, haja a necessidade de dispensa coletiva: crise econômico-financeira, racionalização e automação da produção, etc. A consequência da dispensa de vários empregados transcende os limites da relação de emprego e afeta os interesses de toda a sociedade porque: a) causa desemprego; b) influencia negativamente todo o processo produtivo; c) ocasiona instabilidade social (Silva, 1992, p. 178).

Diante desse fato da vida que é a necessidade da eliminação de postos de emprego por uma determinada empresa, embora haja desenvolvimento doutrinário sobre a necessidade de sua mitigação e a parametrização de conceitos, limites e procedimentos, bem como normatização internacional e de estados estrangeiros no mesmo sentido, muito frequentemente se invoca o Art. 7º, I da CF para fazer frente aos malefícios da dispensa coletiva, empregando-lhe o mesmo tratamento destinado às dispensas individuais no Brasil. Orlando Gomes (1974, p. 577-578) já rechaçava a pretensa equiparação dos efeitos da dispensa coletiva à dispensa individual de maneira expressa em artigo científico datado de julho de 1973 com tema vinculado ao aqui abordado.

O saudoso jurista baiano desde o início da década de 70 já apresentava classificação das dispensas em individuais, plúrimas e coletivas, conceituava esta última ao afirmar que “é a rescisão simultânea, por motivo único, de uma pluralidade de contratos de trabalho numa empresa, sem substituição dos empregados dispensados.” (Gomes, 1974, p.575). Apontou como características que diferenciavam a coletiva da plúrima “a peculiaridade da causa”, ou seja, a motivação que levou a realização da dispensa coletiva, bem como “a redução definitiva do quadro de pessoal”. Quanto à causa, vale destacar *in verbis* que “A causa da dispensa é comum a todos, não se prendendo ao comportamento de nenhum dele, mas a uma necessidade da empresa” (Gomes, 1974, p.575).

A classificação apresentada na doutrina nacional durante a década de 1970 por Orlando Gomes repercutiu até os dias atuais, seja em doutrinas mais modernas, deliberações no âmbito do Congresso Nacional ou na jurisprudência das cortes superiores. Na mesma linha, encontramos definição que mantêm a essência da doutrina utilizada como referencial teórico, o que demonstra a atualidade das lições esposadas, pois a dispensa individual continua sendo aquela que se refere a um único empregado, enquanto a dispensa plúrima é “aquela que atinge um número diversificado de empregados, porém não alcança o sentido e o impacto de uma dispensa coletiva, de caráter massivo.” (Brasil, 2023a, p. 34). Por outro lado, a dispensa coletiva “deflagra efeitos no campo da comunidade mais ampla em que se situa a empresa ou o estabelecimento, provocando, em decorrência disso, forte impacto social” (Brasil, 2023a, p. 34).

Verifica-se, portanto, que a doutrina conceitua a dispensa coletiva, ressaltando que Gomes não apenas conceituou, como classificou-a, dividindo a dispensa coletiva em oriunda de força maior (que se subdivide em por motivo de extinção da empresa e por motivo de extinção do estabelecimento) e oriunda de mudanças tecnológicas. Tendo por sua vez

conceituado as despedidas plúrimas como conjunto de medidas individuais que se fundamentam na conduta dos empregados e se destinam a substituição dos postos de emprego, mas não à sua eliminação (Gomes, 1974, p.576)<sup>27</sup>.

Propor um caminho diferente daqueles que negam a existência de qualquer conceito de dispensa coletiva instiga e rejuvenesce o estudo do tema. Diante do conceito aqui proposto, ao invés de invocar norma constitucional de eficácia limitada (portanto pendente de regulamentação definitiva), cabe invocar direitos fundamentais e valores constitucionais que são mais pertinentes aos efeitos coletivos do instituto abordado. Exemplos são o Art. 3º, I, CF para a consecução do objetivo garantidor de uma ordem social livre (sem esquecer da necessidade de acesso a condições materiais mínimas e igualdade de oportunidades para a realização da igualdade substancial e conseqüentemente da liberdade igualmente substancial), justa e solidaria (Brasil, 1988).

O Art. 170, VIII, CF, que igualmente nos chama a atenção para o sentido diametralmente oposto ao teor normativo do Art. 477-A na admissão incondicionada das dispensas coletivas (Brasil, 1988). O Art. 7º XXVII, CF que apresenta o direito à proteção em face da automação, e que possui relevância tanto no âmbito dos direitos do trabalhador de modo individualizado, como na condição de instrumento de implementação do direito ao trabalho (Brasil, 1988).

O próprio direito ao trabalho, consagrado no Art. 6º da CF como direito social, que deve ter seu valor social observado na sua relação de tensão com a livre iniciativa conforme elucida o Art. 1º, IV, CF e valorizado na ordem econômica, assim como deve ser valorizada a livre iniciativa (embora gramaticalmente a valorização determinada pelo constituinte refira-se apenas ao trabalho), não havendo como inobservar um ou outro (Brasil, 1988). Em outras palavras, sendo incorreto implementar um deles de maneira ilimitada, sob pena de ofender a constituição em seu “coração e espírito” que são os direitos fundamentais.

O direito ao trabalho merece destaque nessa rede de normas que são a base para o início de qualquer abordagem da dispensa coletiva. Pois quando falamos em trabalho humano, ainda que no âmbito das relações de mercado, não podemos nos esquecer do processo de evolução e

---

<sup>27</sup> Observa-se na classificação de Orlando Gomes que a dispensa coletiva é sempre objetiva e eliminadora de postos de emprego, enquanto a dispensa plúrima é sempre subjetiva e mantenedora dos postos de emprego. Percebe-se que uma dispensa que reduz temporariamente o número de postos por razões objetivas (v.g. por razões de crise econômica) não se encaixa, a priori, em nenhum dos dois gêneros. Recomenda-se classificar um caso com essas características como dispensa coletiva não obstante a provisoriedade da eliminação de postos de emprego.

constituição do Direito do Trabalho como ramo autônomo do Direito em especial por sua característica de envolver bens e pessoas, patrimônio e dignidade, ou nas palavras de Supiot (1996, p.63): “Em suma, situando-se o trabalho humano no ponto de encontro do homem e das coisas, o jurista duvidará sempre que situado no direito das pessoas ou no direito dos bens, e jamais poderá evitar totalmente um aspecto ou outro”.

Mesmo diante dessa hibridez, na esteira do proposto por Fabio Gomes, relevante pôr de lado por um momento (e apenas de modo relativo) o aspecto subjetivo do direito ao trabalho para ressaltar seu aspecto objetivo (plenamente compreendido em razão da prévia elucidação acerca da eficácia *inter privatos* e do efeito irradiante dos direitos fundamentais), que ganha lugar de destaque no tema da dispensa coletiva (juntamente com a boa-fé objetiva, a função social da empresa e a negociação coletiva nos termos em que será abordada ulteriormente).

Gomes destaca, perpassando pela eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais (vinculativa da conduta do Estado e dos particulares), que o direito ao trabalho gera dois tipos de relação jurídica, uma concreta e outra abstrata. Ambas as relações jurídicas se fazem presentes no ato de dispensa coletiva. Vejamos:

Assim, tomando emprestada a lição do jurista português Manuel de Andrade, pensamos que, quando houver uma relação jurídica concreta, isto é, uma "relação jurídica realmente existente e individualizada [...] uma relação entre pessoas determinadas, procedente de um certo facto jurídico, efectivamente (*sic*) verificado ou produzido e não apenas possível", será ela identificada com a relação triádica de que falamos, na qual: (i) os destinatários poderão ser, tanto o Estado, como o particular; e (ii) onde ambos (os destinatários) poderão ser demandados judicialmente pelo titular do direito ao trabalho, sempre que descumprirem o objeto (ou a parcela dele) que lhes for imediatamente dirigido.

Contudo, se estivermos lidando com uma relação jurídica abstrata, ou seja, com uma "relação virtual ou em potência", em que a pessoa humana não adquiriu o status de trabalhador pelo simples fato de ainda não estar atuando em proveito de outrem, aí sim haverá uma relação diádica, no sentido de que: (i) ao titular do direito ao trabalho, não lhe será atribuído um direito subjetivo e, por consequência, (*sic*) um direito de demandar; e (ii) o destinatário jurídico (do objeto implícito ao direito ao trabalho) será exclusivamente o Estado.

Neste último caso, estaremos dialogando com a dimensão objetiva do direito ao trabalho (vista pelo ângulo dos deveres não-relacionais), o que nos conduz à seguinte conclusão: apesar de não haver um vínculo concreto entre o titular do direito ao trabalho (in casu, o trabalhador em potencial) e um (ainda) inexistente beneficiário (jurídico e/ou fático) de sua atividade, ao poder público não será permitido despir-se do papel de guardião-mor deste direito fundamental.

Muito ao contrário, deverá permanecer na ribalta, de modo a intervir sempre que for necessário, protegendo-o e promovendo-o, genericamente, através de políticas públicas, da elaboração de normas jurídicas e/ou da repressão (*rectius*: correção de rumo) daquelas medidas que venham a restringir arbitrariamente a sua atual, iminente ou futura efetivação (Gomes, 2008, p. 166).

Orlando Gomes destaca, portanto, que o direito ao trabalho possui várias dimensões. O autor o faz na esteira da doutrina dos direitos fundamentais que atribui aos direitos

fundamentais diferentes esferas de eficácia, referenciando a ordem objetiva de valores, abordada no âmbito da eficácia irradiante, porém descrevendo em detalhes a relação jurídica dos titulares desses deveres e direitos fundamentais.

O relevante da passagem citada é observar que na dispensa coletiva tanto o empregador como o Estado devem assegurar na maior medida possível – pois essa para Robert Alexy é uma das características dos princípios, enquanto “mandados de otimização que devem ser realizados na maior medida possível” (Alexy, 2017, p. 90) que consagram direitos fundamentais –, o direito ao trabalho, tanto dos empregados afetados diretamente, como dos demais trabalhadores dispersos na sociedade na condição de potenciais empregados.

No ensejo das lições de Gomes, mister deixar claro que do direito fundamental ao trabalho decorre ainda o direito do cidadão trabalhador à elaboração e observância de procedimento garantidor do aludido direito. Ao abordar os destinatários do direito fundamental ao trabalho, ele passa pelo que pode-se chamar de dimensões dos direitos fundamentais. Gomes especifica as funções exercidas nessas dimensões mediante a seguinte classificação dos Direitos Fundamentais, na esteira do que pode ser encontrado nas lições de Alexy, nas lições de Ingo Sarlet, ou mesmo nas lições de Edilton Meireles ao tratar da constituição do trabalho. Vejamos:

[...] (i) direito de defesa (quando se impõe uma ação negativa ao ente estatal) e (ii) (direito à prestação (quando se exige uma ação estatal positiva), subdividindo-se este em: (ii.1) direito a prestações em sentido amplo (envolvendo os direitos à proteção, à organização e ao procedimento) e (ii.2) direito a prestação em sentido estrito (direito a prestações materiais em face do Estado) (Gomes, 2008, p. 169).

A efetivação do direito fundamental ao trabalho mediante a observância de um procedimento adequado à realização desse direito nos moldes dos inúmeros dispositivos constitucionais invocados até agora está retratada também no texto constitucional. O Art. 8º, III da CF é expresso ao dizer que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas” (Brasil, 1988). Tal artigo tem sido interpretado como concessão de legitimidade ampla e irrestrita aos sindicatos para defender os direitos dos trabalhadores<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Nesse sentido: RR-62000-33.2004.5.03.0084 Data de Julgamento: 10 dez. 2008, Relatora Ministra: KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA, 5ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 19 dez. /2008 (Brasil, 2008); RE 210029; Relator Min. JOAQUIM BARBOSA; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; DJ 17 ago.2007 (Brasil, 2008); e, AP 0000490-63.2012.5.02.0020; Relatora Des. BEATRIZ DE LIMA PEREIRA, 1ª Turma do TRT da 2ª Região, Data do Julgamento 28 maio. 2014 (Brasil, 2014).

Nessa mesma linha, o Art. 8º, VI da CF ainda prevê a obrigatoriedade da participação do sindicato nas negociações coletivas, destacando assim a missão do sindicato de defender os integrantes da categoria diante de fatos que tenham repercussão coletiva apta a afetar os direitos da categoria, não estando a representatividade do sindicato adstrita ao artigo 3.º da Lei n.º 8.073/1990, pois a legitimidade é ampla justamente abrangendo toda a gama de situações extrajudiciais envolvidas no tema da dispensa coletiva (Brasil, 1990).

Mister salientar que a aplicação de princípios e normas constitucionais por tribunais trabalhistas e constitucionais têm reconhecido que o direito ao trabalho (juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana) tem o potencial de limitar a liberdade dos empresários de extinguir unilateralmente uma relação de trabalho (emprego) sem que haja uma justa causa (Barbagelata, 2012, p. 109). Essa tendência, hoje implementada por meio de esparsas decisões judiciais, contava com uma maior aceitação do mercado brasileiro nas décadas anteriores à expansão dos ideais neoliberais nas décadas de 1980 e 1990. Atualmente, e cada vez mais o mercado defende a necessidade de uma facilitação e barateamento da rotatividade de mão de obra, como condição para uma economia menos burocratizada e mais produtiva. Porém ignora ou despreza o fato de que essa mesma rotatividade é utilizada como meio oblíquo de redução nominal de salários no mercado de trabalho e que essa rotatividade é um fator de precarização da mão de obra, diminuindo o interesse das empresas por treinar e capacitar seus trabalhadores (cada vez mais responsáveis por isso na condição de paupérrimos empresários de si mesmos), descambando em altos índices de sinistralidade (acidentes do trabalho), que se intensificam à medida que se intensifica a rotatividade de mão de obra.

Essa correlação é conhecida pelo Estado, a ponto desses índices serem levados em conta para o cálculo das contribuições sociais, mediante aumento da alíquota da contribuição para o financiamento de aposentadorias especiais decorrentes da incapacidade laborativa gerada pelos riscos ambientais do trabalho (Art. 202) mediante a utilização do Fator Acidentário de Prevenção-FAP (Art. 202-A), ambos previstos no Decreto 3.048/99.

Voltando à discussão dogmática, acaso se argumente que as normas garantidoras do direito ao trabalho são cláusulas gerais, dotadas de conceitos abertos e indeterminados que permitiriam ampla discricionariedade do legislador, vale recordar que tal discricionariedade dita epistêmica do tipo normativo na teoria do jusfilósofo Robert Alexy (2017, p.612) “está relacionada à incerteza acerca da melhor quantificação dos direitos fundamentais em jogo e ao reconhecimento em favor do legislador de uma área no interior da qual ele pode tomar decisões com base em suas próprias valorações”. E que a série de normas constitucionais

invocadas até agora aponta uma certeza normativa que não pode ser desconsiderada pelo legislador e pelo intérprete do direito. O mesmo jusfilósofo adverte que “Uma discricionariedade cognitiva normativa só pode existir – se é que pode – nos casos de incerteza normativa” (Alexy, 2017, p. 621).

O que se quer ressaltar é que qualquer discricionariedade do legislador, seja cognitiva ou normativa, está longe de ser ilimitada. A temática do “limite dos limites dos direitos fundamentais” como descreve Ingo Sarlet, é justamente o que não permite que o legislador infraconstitucional, a pretexto do exercício de sua discricionariedade, feche os olhos para as disposições constitucionais e regule o tema em sentido diametralmente oposto ao direcionamento traçado pelo constituinte, desconsiderando todo o arcabouço normativo constitucional. Entretanto, isso foi exatamente o que a reforma trabalhista de 2017 fez, afastou a necessidade de negociação coletiva para a dispensa coletiva ao equipará-la às dispensas individuais.

A Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista de 2017) dispôs em seu Art. 477-A que: “As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação” (Brasil, 2017). Legislando no sentido oposto das normas constitucionais pertinentes e desconsiderando o potencial de lesão de grande intensidade do direito fundamental ao trabalho diante da dispensa coletiva. É razoável que não se exija autorização ou obrigatoriedade de pactuação de acordo ou convenção coletiva em toda e qualquer dispensa coletiva para sua viabilidade, entretanto a negociação coletiva substancial, ou seja, efetiva e com vistas a minimizar os efeitos nocivos da dispensa, é indispensável do ponto de vista constitucional.

Não obstante a fragilidade argumentativa do chamado “argumento de autoridade”, invocar a autoridade de Orlando Gomes nesse momento, para enfrentar opção do legislador infraconstitucional, que é indiferente aos direitos fundamentais e a própria evolução doutrinária da ciência jurídica é inevitável, pois a única consequência para a dispensa individual é a concessão de indenização, e o saudoso jurista diz:

A solução indenizatória é inconveniente, mesmo sem o abatimento previsto para o caso de força maior, tanto para a empresa como para os empregados, sobre ser desinteressante socialmente.

Deve-se encontrar, desse modo, fórmula capaz, de atender aos respeitáveis interesses da empresa, do pessoal e da sociedade (Gomes, 1974, p. 576).

Não é apenas o Direito Fundamental ao trabalho que impõe esse *iter*, pois a função social da empresa também exige que na sua gestão, o empresário busque contribuir para o desenvolvimento da sociedade que o cerca, gerando empregos e outros benefícios decorrentes de sua atividade econômica ao realizar o princípio da função social da propriedade. Vejamos:

A empresa cumpre a função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita (Coelho, 2016, p. 75).

É possível dar uma explicação filosófica para a função social da empresa e da propriedade também. A partir da filosofia solidarista de Leon Bourgeois, pode-se argumentar um dever de solidariedade por parte de todo cidadão como fator de reciprocidade em face dos benefícios que lhe são fornecidos pelo simples fato de viver em sociedade, pois ao estar rodeado pela sociedade, o cidadão torna-se beneficiário de um “enriquecimento” que somente se tornaria justo/justificado mediante o cumprimento de um dever de solidariedade, contribuindo para um bem-estar geral, já que todos são beneficiados desse convívio (Barbagelata, 2012, p. 65)

A função social da empresa, como consectário da função social da propriedade (Coelho, 2016) atrai a aplicação de outro dispositivo constitucional que norteia o aplicador da norma no mesmo sentido dos anteriormente invocados, qual seja, o Art. 5º, XXIII da CF (Brasil, 1988). A função social da propriedade pode ser fomentada por intermédio de outros instrumentos além da negociação coletiva. Nessa toada, nota-se que diversas constituições políticas na América Latina reiteradamente buscam um equilíbrio entre a função social da propriedade, o dever/obrigação de trabalhar e a proteção do capital, bem como da iniciativa privada, e o fazem não apenas por meio do fomento à negociação coletiva, mas especialmente por meio do fomento à participação operária na gestão da empresa e da participação nos lucros e resultados, na linha do que preceituava a Doutrina Social da Igreja Católica, no que se chamou “Reforma da Empresa” e que visava a humanizá-la sem afetar seus fundamentos econômicos (Barbagelata, 2012, p. 101-102).

Ocorre que diante desse caráter especialíssimo da empresa e, principalmente das expectativas sociais depositadas sobre ela, parte da doutrina juslaboral acreditou estar lidando com um ramo institucional do Direito. Um Direito Institucional com características e finalidades que transcendem os interesses das partes envolvidas (empregado e empregador), mas tutelar de interesses de toda a coletividade. Nesse contexto, o jurista argentino Rodolfo

Filas (1998) adverte, a partir de sua concepção sistêmica do direito laboral, que a empresa não se resume a uma comunidade de pessoas e, que a participação dos trabalhadores na gestão da empresa, juntamente com sua participação nas utilidades tem o potencial de transformá-la em instituição social, entretanto, para que efetivamente seja uma instituição social, ela não pode ter um dono, pois: “sendo instituição, carece de dono” (Filas, 1998, p. 24). Desse modo, verifica-se que a concepção institucional do direito do trabalho afasta-se da realidade econômica brasileira, calcada constitucionalmente na livre iniciativa e numa sociedade de mercado (capitalista), de modo que esse processo de humanização da empresa, preservará a propriedade privada dos meios de produção e terá que lidar adequadamente com esses pressupostos.

Uma análise muito superficial e de certo modo empírica do trabalho no Brasil não deixa dúvidas de que a negociação coletiva tem muito mais efetividade (eficácia social) que a participação nos lucros e na gestão, asseguradas pelo Art. 7º, XI da CF/88 (Brasil, 1988). E essa experiência brasileira segue a mesma tendência apresentada e consagrada igualmente na opinião pública de muitos países no sentido de que a participação nos lucros e na gestão em muitos casos não repercutiu na efetivação de realizações em prol dos trabalhadores (não obstante regulamentação legal), atribuindo-se a esse resultado insatisfatório à resistência silenciosa e eficaz dos empregados e a oposição e principalmente desinteresse dos sindicatos e trabalhadores com relação a essas medidas (Barbagelata, 2012, p. 101). Desse modo, o estudioso deve ficar atento diante da realidade, para não se encastelar numa “torre de marfim”.

Ressalta-se que o presente trabalho não advoga pela aplicação ilimitada e irrestrita dos enunciados normativos invocados (mesmo levando em conta o princípio interpretativo da máxima efetividade da constituição), mas objetiva deixar claro que toda a normatividade constitucional acena para a imprescindibilidade da negociação coletiva diante da dispensa coletiva e seus efeitos nocivos. “Socialmente é importante que a empresa seja, também, um lugar que promova a inclusão das minorias, um lugar onde a cidadania é exercida de forma plena até o limite onde não cause prejuízo significativo à condução dos negócios” (Santos Junior, 2013, p. 236).

Ficou claro, portanto, que a negociação coletiva é uma decorrência jurídica do emaranhado de normas consagradoras de direitos fundamentais alhures invocadas, mas diante desse quadro: qual o status jurídico da norma que demonstra a imprescindibilidade da negociação coletiva nas dispensas coletivas? A resposta é que ela tem natureza de direito

fundamental. Pois “Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais” (Sarlet, 2012, p. 80).

Uma norma pode ser um direito fundamental mesmo não estando expressamente na constituição. Isso pode decorrer de sua previsão implícita nos direitos fundamentais expressos no catálogo positivado, ou ainda da cláusula de abertura material constante no Art. 5º, §2º da CF (Sarlet, 2012, p. 80). Esses são os direitos fundamentais implícitos ou decorrentes, sobre os quais Sarlet comenta:

Nesse sentido, é lição pacífica na doutrina que a regra citada implica a impossibilidade de aplicar-se o tradicional princípio hermenêutico do *inclusio unius alterius est exclusius*, o que, em outras palavras, significa que na Constituição também está incluído o que não foi expressamente previsto, mas que implícita e indiretamente pode ser deduzido [...] (Sarlet, 2012, p. 79).

É o que Sarlet chama de “fundamentalidade material”, pois embora a necessidade de negociação coletiva para a realização regular e legítima da dispensa coletiva não esteja expressa na constituição, sua fundamentalidade material a torna cogente e, portanto, exigível pelo titular do direito, e conseqüentemente limitadora da atividade do legislador infraconstitucional, pois, ainda que possa mitigá-la em certos casos, deverá fazê-lo sem afetar seu núcleo essencial, pois a limitação de direitos fundamentais é também limitada e não irrestrita e disponível ao bel prazer do legislador infraconstitucional. Vejamos o que Sarlet comenta sobre o Art. 5º, §2º da CF.

[...] a citada norma traduz o entendimento de que, para além do conceito formal de constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo (Sarlet, 2012, p. 78-79).

É amplamente fundamentada e respaldada no catálogo de direitos fundamentais da CF/88 a afirmação de que a obrigatoriedade da negociação coletiva na despedida em massa é um direito materialmente fundamental. O que espanta é o legislador infraconstitucional afrontar diretamente tal normatividade, pois não exigir que seja firmado acordo coletivo, convenção coletiva ou autorização administrativa para a realização das dispensas individuais, ou mesmo plúrimas, a priori, não encontra óbice nas normas de direito fundamental, mas equiparar a dispensa coletiva à dispensa individual tornando prescindível a negociação coletiva para a contenção dos seus efeitos nocivos é *laissez-faire* violador das normas centrais da constituição, especialmente dos direitos fundamentais.

Tamanha é a relevância da negociação para a mitigação dos efeitos nocivos da dispensa coletiva, que a negociação não pode ser apenas proforma, ou seja, não deve ser apenas uma aparente negociação, ou uma simulação de negociação sem conteúdo adequado, apenas para cumprir a formalidade. Deve haver efetiva tentativa de todos os representantes envolvidos de buscar meios alternativos para evitar que a dispensa coletiva se realize ou se realizando que seus efeitos nocivos sejam mitigados.

É raciocínio análogo ao que divide o princípio do devido processo legal em duas dimensões, a formal e a substancial, esta última desenvolvida nos EUA implica que sejam observadas não apenas as formalidades exigidas em lei, mas que o resultado do processo seja substancialmente devido (Didier Jr., 2015, p. 67-68).

É preciso, então, que haja boa-fé das partes na condução da negociação coletiva, procedendo ambas com lealdade, transparência, cooperação e especialmente não praticando condutas que impliquem um exercício danoso inútil, abstendo-se ambas as partes de lançar mão de atos chicaneiros e emulativos (Wandelli, 2004, p. 438; 445).

Diante da necessidade de realização adequada da negociação coletiva (que é materialmente fundamental) nas dispensas coletivas, surgem duas questões, que são: Como fazer com que o resultado da negociação seja substancialmente devido (atendendo, portanto, a noções de justiça/equidade e de observância de conteúdo e finalidade do procedimento realizado)? É possível a mitigação dos efeitos nocivos da dispensa coletiva caso o empregador se valha do seu suposto direito potestativo de extinguir contratos de emprego para praticar condutas que impliquem um exercício danoso inútil de sua posição jurídica? A resposta a essas questões leva ao próximo tópico.

#### 4.3 OS DIREITOS SOCIAIS, O DEVER DE ACOMODAÇÃO DO EMPREGADOR E A SALVAGUARDA DOS EMPREGOS

Percebemos que o ordenamento jurídico Brasileiro não é totalmente alheio à dispensa coletiva, entretanto, parte da doutrina se apegua à ausência de uma regulamentação mais específica e detalhada como a existente no âmbito da União Europeia e Espanha (Pires, 2012, p. 40-41), que fixa não apenas conceitos, mas também procedimentos para sua realização (Pires, 2012, p. 44-45) e até mesmo no caso da Espanha a necessidade de autorização administrativa para a dispensa em massa, que foi revogada com a reforma trabalhista espanhola de 2012 (Pires, 2012, p. 63).

Em razão desse apego a textos normativos detalhistas e a um positivismo excessivo correntes de pensamento mais voltadas à flexibilização das relações laborais defendiam, antes da reforma de 2012 que não havia regulamentação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro e que a dispensa em massa seria direito potestativo do empregador por receber tratamento igual ao dado à dispensa individual (em sentido contrário ao que viria a ser a decisão do STF em 2023 no âmbito do Tema 638 de Repercussão Geral).

Segundo José Luis Monereo Pérez (2012), as consequências do novo modelo de regulamentação da despedida coletiva implementado pela reforma trabalhista de 2012 na Espanha, teve como consequências imediatas: reforçar o poder empresarial (o poder da categoria econômica), aumentar a judicialização do tema da dispensa coletiva (com consequente insegurança jurídica) e desequilibrar essa relação de poder. Tudo isso como consequência de uma busca por solucionar a crise da empresa tutelando apenas e simplesmente o “princípio da rentabilidade” (Pérez, 2012, 317-319).

No intuito de atualizar o relato da experiência espanhola, a partir das lições extraídas do blog do constitucionalista social espanhol Antônio Baylos, verifica-se que existe em agosto de 2023 na Espanha uma expectativa de revogação de toda a reforma trabalhista de 2012 cujo ímpeto flexibilizatório revogou a necessidade de autorização administrativa para as dispensas coletivas.

A mera expectativa de um novo Estatuto do Trabalhadores (do Século XXI) não é um elemento capaz de trazer consequências jurídicas a serem apresentadas neste estudo, mas ocorre num contexto de mudança da regulamentação da dispensa coletiva em razão da pandemia de Covid-19, por sua vez, essencial para a atualidade do panorama apresentado na presente pesquisa.

Nessa toada, Baylos (2023) destaca a mudança de panorama acarretada pelo advento do Decreto-Lei Real 32/2021<sup>29</sup>, que ele chama de “esforços de mudança de ciclo legislativo”<sup>30</sup>. O referido decreto com medidas urgentes para a reforma trabalhista, a garantia de emprego e a transformação do mercado de trabalho, em seu artigo quinto, modifica a redação do “apartado 3” do artigo 8º da “*Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000*” (Espanha, 2000), para considerar uma infração muito grave

---

<sup>29</sup> “*Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo*” (Espanha, 2000).

<sup>30</sup> Tradução livre.

a dispensa coletiva de trabalhadores sem a observância dos artigos 47 e 47 *bis* e 51 do Estatuto dos Trabalhadores.

Os textos normativos referidos tratam respectivamente de um procedimento de redução da jornada ou suspensão do contrato com seu procedimento, que inclui uma comunicação à autoridade trabalhista competente (artigo 47), de um mecanismo de flexibilização e estabilidade do emprego (artigo 47 *bis*<sup>31</sup>) e de dispensa coletiva, seu conceito, motivação e procedimento (artigo 51), que precisa ser precedida de um período de consulta aos representantes dos trabalhadores segundo o “apartado 2” deste dispositivo legal do Estatuto dos Trabalhadores Espanhol.

Entendemos, com base em todas as normas constitucionais abordadas, que não deve prevalecer no Brasil uma equivalência jurídica entre dispensas individuais e coletivas e que a classificação da dispensa imotivada como direito potestativo não parece ser o melhor entendimento.

Há que se ressaltar inclusive que não é sequer unânime (embora majoritário) que a dispensa individual imotivada seja efetivamente um direito potestativo. Interessante investigação sobre esse ponto é feita por Edilton Meireles ao trazer a opinião de Pontes de Miranda quanto à existência de uma confusão na doutrina acerca da desnecessidade de intervenção ou cooperação do sujeito passivo e a inexistência de pretensão e aprofundar na conceituação doutrinária para verificar que o que há na verdade é um direito subjetivo, que pode ser subjetivo *stricto sensu* ou subjetivo do tipo potestativo.

Desse modo, ao verificar que o tratamento dado à dispensa imotivada é o de um direito subjetivo de dispensa imotivada, chama a atenção para o fato de que a previsão do Art. 7º, I da CF retrata uma norma consagradora de direito dos empregados, e não dos empregadores (Meireles, 2014, p. 165-166) não havendo, portanto tal direito potestativo, o que ocorre é que também não há proibição, de modo que o legislador constituinte previu uma compensação (art. 10, I do ADCT) por essa mitigação ao direito fundamental ao trabalho que é a dispensa imotivada individual (Meireles, 2014, p. 170).

Não há direito a dispensa arbitrária ou sem justa causa, o que há por parte do empregador é um dever de respeitar a proteção do empregado contra a despedida arbitrária ou

---

<sup>31</sup> *Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo*

sem justa causa conferida pelo constituinte e que não é uma proteção ilimitada ou absoluta (Mireles, 2014, p. 171), mas certamente se potencializa nos casos de dispensa coletiva.

O que se evidencia é que há um direito fundamental ao trabalho, uma proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, um dever do empregador de observar a função social da empresa e um dever de ambas as partes envolvidas na negociação coletiva de proceder com boa-fé. Sendo que dentre os consectários da boa-fé objetiva, a proibição do exercício danoso inútil de uma faculdade é elemento chave na fundamentação da necessidade de uma negociação coletiva substancial e não meramente formal, vejamos:

[...] é injustificado o concreto exercício de um direito que causa dano sério a outrem e não traz qualquer utilidade ao seu titular. Todavia, vale aqui, *mutatis mutandis*, a análise feita quanto à discriminação indireta e oculta em relação às quais há superposição com o exercício danoso inútil, servindo de exemplos os precedentes citados. O dano subjetivo, seja culposos, seja intencional, não é irrelevante. Ao contrário, ele é intensamente reprovado, o que se revela na histórica coibição das despedidas emulativas. Identificado o *animus nocendi* na despedida, eiva-se o ato de ilicitude. Na chave objetiva, facilita-se a produção da prova, acarretando ao empregador o ônus de elidir o argumento, demonstrando seu sério interesse na despedida. Para a caracterização da abusividade, porém, não se exige a consciência da produção do dano (Wandelli, 2004, p. 445).

A demonstração da ausência de exercício danoso inútil da faculdade de extinguir contratos de trabalho depende de outro consectário da boa-fé objetiva, a transparência. Devendo a negociação ser franca e leal, evidentemente o que se espera é que o empregador demonstre aos representantes dos empregados na negociação a real situação da empresa e a necessidade de realizar a despedida, permitindo aos empregados analisar a intensidade dos efeitos maléficos decorrentes da medida, eventuais efeitos benéficos, e a luz do princípio da proporcionalidade, se a medida de dispensa coletiva é adequada e necessária.

A pesquisa de Wandelli (2004) sobre o tema suscita a reflexão de que o juízo de ponderação precisa ser um recurso discursivo e argumentativo na aferição dos limites inerentes à dispensa coletiva no contexto de uma ordem jurídica em se pretende equilibrada. Pode-se opor à dispensa coletiva exercida de modo desequilibrado/abusivo, a exigência de proporcionalidade entre a preservação de patrimônio/direitos (da empresa) e a restrição/mitigação dos reflexos negativos no (ou danos ao) patrimônio jurídico dos empregados (e de terceiros).

Nesse sentido, a jurisprudência e a doutrina apontam algumas ferramentas que buscam contornar esse óbice, como o PDV/PDIV, a preferência na manutenção dos empregos de empregados próximos da aposentação, indenização proporcional ao tempo de serviço, manutenção de empregados PCD, manutenção de empregados com filhos menores (em idade

escolar) ou esposas gestantes, etc. Tais medidas podem amenizar, inclusive, os danos causados à sociedade e à economia local.

Aqui surge outro ponto relevante, que é a existência de outros meios de contornar as dificuldades que em tese impõem a dispensa coletiva. Verificada outra via menos restritiva de direitos e com menos impactos sociais de resolução da causa motivadora da dispensa coletiva, essa medida se torna desnecessária, e, portanto desproporcional nos termos da conhecida teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, desse modo começamos a perceber a possibilidade de que na negociação coletiva os representantes dos trabalhadores possam exigir que seja feita a opção pela medida menos restritiva de direitos.

No entanto, as coisas não são tão simples assim, para se exigir a implementação de uma medida alternativa, em se tratando de patrimônio alheio (que deve observar sua função social) as provas exigidas para a viabilidade da exigência devem ser robustas e altamente convincentes, baseadas em laudos e investigações, pois não se lida nessa situação apenas com um conflito entre princípios.

O que há aí é a exigência do cumprimento de um dever de acomodação do direito ao trabalho em sua dimensão coletiva (coletividade de trabalhadores que seria dispensada) que inverte o ônus argumentativo para atribuir ao empregador a necessidade de provar minimamente a adequação e necessidade da dispensa coletiva em razão da presença de um ônus indevido na via por ele escolhida, que pode ser contornado mediante o uso da alternativa proposta pelos representantes dos trabalhadores (desde que essa não imponha ônus ao empregador que possa arriscar de algum modo a continuidade/viabilidade da empresa).

Por isso, o dever de acomodação não afasta a necessidade de ponderação dos interesses dos empregados e do empregador. Apenas impõe a este o ônus argumentativo de demonstrar a impossibilidade de acomodação. Nesse sentido, o reconhecimento de um dever patronal de acomodação das práticas religiosas atende melhor ao princípio de proteção do hipossuficiente (Santos Junior, 2013, p. 237).

Comprovada a existência de ônus indevido (v.g. aumento significativo das despesas num quadro de debilidade financeira da empresa), afasta-se o dever de acomodação e consequentemente não há falar em exercício danoso inútil da faculdade de extinguir contratos de trabalho, pois o exercício da faculdade de realizar a dispensa coletiva acarreta uma utilidade econômica que não se faz presente na proposta dos representantes dos trabalhadores. Entretanto não é qualquer utilidade que afasta o instituto do exercício danoso inútil, pois como apontam os estudos do Dever de acomodação no âmbito canadense, ao acomodar haverá um ônus, pois “O ônus indevido é a defesa que permite ao sujeito passivo eximir-se de

acomodar e será definido caso a caso, sendo de valia o alvitre da Corte canadense, ônus existirão, eles não podem ser indevidos” (Martel, 2011).

#### 4.4 JURISPRUDÊNCIA SOBRE DISPENSA EM MASSA ANTES DO TEMA 638

O tema das dispensas coletivas vem sendo discutido no Brasil com mais intensidade desde os anos finais da primeira década do século XXI. Afirma-se comumente que os efeitos da crise econômica e financeira de 2008, relativa aos créditos de alto risco concedido pelo sistema financeiro nos anos anteriores (crise do subprime) acarretaram o fechamento de empresas e a eliminação de postos de emprego. Esse seria o motivo da dispensa coletiva de mais de 4.000 empregados<sup>32</sup> pela empresa Embraer (Chehab, 2015, p. 285), que ao ser judicializada, se tornou o *leading case* sobre o assunto no Brasil.

Se naquele período não se encontrava em nosso direito positivo qualquer referência às dispensas coletivas (embora o tema não fosse novo, pois já abordado na doutrina, por exemplo, por Orlando Gomes na década de 1970). Do mesmo modo, não já jurisprudência consolidada sobre o tema, não havendo enunciado de súmula ou Orientação Jurisprudencial do TST abordando a regulamentação do tema, tampouco qualquer súmula vinculante ou não vinculante do STF.

Considerando a dinamicidade do Direito do Trabalho, a nova ordem constitucional inaugurada em 1988 com suas frequentes emendas constitucionais e a representatividade da Embraer no cenário econômico brasileiro, a análise da jurisprudência sobre o tema conduz aos fundamentos utilizados nas instâncias judiciais pelas quais o aludido *leading case* passou, mormente as cortes superiores, que possui jurisdição em todo o território nacional e cumprem um papel processual de uniformização da jurisprudência, que decorre não apenas do julgamento de recursos com natureza especial.

Em razão da organização judiciária trabalhista, o julgamento de dissídio coletivo pelo TST ocorre em sede de Recurso Ordinário, mas isso não impede a formação de precedente

---

<sup>32</sup> Segundo consta dos relatórios dos votos dos ministros Marco Aurélio e Nunes Marques (Brasil, 2022a, p. 5; 25) a dispensa coletiva foi de aproximadamente 4.400 empregados e segundo o relatório dos ministros Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes, também no Tema 638 (Brasil, 2022a, p. 42; 117), os autores do dissídio coletivo postularam a suspensão cautelar dos efeitos da dispensa em massa e, ao final, sua nulidade, com relação a aproximadamente 4.200 empregados. Entretanto a fundamentação da SDC sob a relatoria do Min. Delgado no TST refere-se ao número de 4.200 empregados dispensados no RODC - 30900-12.2009.5.15.0000 (Brasil, 2009c, p. 14).

importante em decorrência do lugar que o TST ocupa e da função que exerce dentro da estrutura do poder judiciário – além, é claro, do comando normativo do Art. 926 do CPC/15 para que os tribunais mantenham sua jurisprudência estável, íntegra e coerente (Brasil, 2015).

Além do caso da Embraer, no ano de 2009 a 6ª turma do TST também julgou Recurso de Revista interposto pelo Ministério Público do Trabalho em face de decisão do TRT2 que legitimou dispensa coletiva da Usiminas. O TRT2 ao declarar improcedente o pedido de danos morais coletivos, fundamentou tal decisão no ajuizamento de dissídio coletivo ulteriormente à dispensa em massa.

No mesmo processo, em sede de Recurso de Revista, o RR - 9800-84.2009.5.02.0251 (Usiminas, 2012), a 6ª turma, por unanimidade, entendeu que ao danos à coletividade ocorreram, e mereciam ser indenizados, inclusive com efeito pedagógico, para dissuadir a prática desse ilícito na sociedade. Embora tenha reconhecido que o acordo firmado pela Usiminas amenizou os danos já perpetrados, condenou a referida em presa em R\$ 50.00,00 a título de danos morais coletivos, revertidos em favor do FAT.

Há também referência doutrinária feita por Almeida ao julgamento de dispensa massiva realizada pela Usiminas e outras 6 empresas, envolvendo 1.500 empregados que foi objeto de apreciação pelo Tribunal trabalhista mineiro. No âmbito do TRT3 (Brasil, 2009b), segundo o referido autor, houve liminar declarando a impossibilidade de realizar tais dispensas até o dia 23 de abril de 2009 (Almeida, 2009, p. 2)

Apesar de ser possível encontrar muitos casos que foram submetidos à apreciação do judiciário especializado trabalhista, há que enfatizar a posição de destaque ocupada pelo caso Embraer, inclusive por ter chegado ao STF, órgão máximo da estrutura judiciária brasileira. Mister elucidar os fundamentos invocados nas decisões do TST (em especial no caso Embraer) e do STF (Tema 638, no âmbito do caso Embraer) para que seja possível uma abordagem concisa e significativa da jurisprudência acerca da dispensa coletiva no Brasil. Passa-se, então à verticalização dos fundamentos a favor e contra o reconhecimento de limites à dispensa coletiva de trabalhadores no Brasil.

#### 4.5 FUNDAMENTOS DO TST

O sujeito de direito coletivo do trabalho, Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região, juntamente com outros sujeitos de mesma natureza, ajuizaram dissídio

coletivo de natureza jurídica postularam a declaração de nulidade da dispensa coletiva de aproximadamente 4.400 empregados da Embraer em 2009 sem que houvesse prévia negociação coletiva.

Houve pedido de liminar com natureza acautelatória, que foi concedida para afastar os efeitos da dispensa realizada no dia 19 de fevereiro de 2009, ocorrendo o mesmo com as posteriores calcadas no fundamento de dificuldade econômica, até que ocorresse a audiência de conciliação marcada para o dia 09, que ocorreu, e que prosseguiu no dia 13 de março do mesmo ano, não obtendo êxito conciliatório. Conforme consta do relatório do acórdão do TST no RODC - 30900-12.2009.5.15.0000 (Brasil, 2009c) e no acórdão do STF no tema 638 de repercussão geral<sup>33</sup>.

As decisões consultadas também apontam que o TRT-15 confirmou a referida liminar com efeitos limitados até 13/03/2009 e, ao declarar a abusividade da dispensa coletiva questionada não reconhecendo qualquer garantia de emprego ou estabilidade apta a ensejar reintegração, determinou a manutenção dos planos de assistência médica aos trabalhadores dispensados e familiares por 12 meses a partir de 13/03/2009, e não apenas isso.

Determinou também uma compensação financeira equivalente a dois meses de aviso prévio (o que já era uma sugestão de mitigação aos efeitos deletérios da dispensa massiva recomendada por Orlando Gomes na década de 1970, conforme consta da fundamentação da própria decisão do TRT-15), limitado a sete mil reais, bem como concedeu direito de preferência a esses trabalhadores em caso de reativação dos postos de emprego.

Ambos os polos da demanda recorreram da decisão, ambos os recursos foram conhecidos e ficaram sob a relatoria do min Maurício Godinho Delgado no âmbito da SDC do TST, embora o MPT tenha opinado pela extinção do processo sem resolução do mérito, como será aprofundado em tópico próprio.

O recurso ordinário trabalhista interposto pelo polo da categoria econômica obteve êxito apenas para afastar a prorrogação judicialmente determinada quanto aos contratos de

---

<sup>33</sup> Conforme destaca em seu voto o min. Gilmar Mendes, em 22 mar. 2013 o STF reconheceu a repercussão geral da questão em acórdão com a seguinte emente: “CONTRATO DE TRABALHO – ROMPIMENTO – NEGOCIAÇÃO COLETIVA – EXIGÊNCIA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL VERIFICADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da necessidade de prévia negociação coletiva com o sindicato dos trabalhadores para dispensa dos empregados em massa” (Brasil, 2022a, p. 120).

emprego objeto da dispensa coletiva até 13/03/2009 por entender incabível invalidar o ato de cessação dos contratos de emprego diante da existência de divergência jurisprudência.

E, de outra banda, quanto ao recurso ordinário do polo da categoria profissional, a SDC do TST, por maioria, negou provimento ao recurso por entender que a condenação estabelecida no âmbito do regional foi razoável e que a CF/88 e a CLT não preveem norma que enseje o alargamento da decisão. Negou-se provimento também ao pleito de reintegração por vedação à dispensa arbitrária por entender que o tema está pendente de regulamentação e que o TST não poderia fazer as vezes do legislativo acolhendo tal pleito recursal.

O ponto mais relevante da decisão do TST quanto à dispensa coletiva foi a fixação da tese de que nos novos casos "a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores" (Brasil, 2009c). Portanto, observados os fundamentos da referida decisão, nas demandas vindouras haveria a, acaso inviabilizada a negociação coletiva, a necessidade de ajuizamento de dissídio coletivo (demanda judicial).

O próprio relatório relator do tema 638 no STF aponta que o TST “remeteu à negociação ou sentença normativa a fixação das condutas voltadas ao enfrentamento da crise econômica empresarial, a fim de atenuar o impacto da dispensa em massa [...]” (Brasil, 2022a) sugerindo medidas que tradicionalmente seriam capazes de mitigar os efeitos sociais deletérios da dispensa coletiva, e que serão abordadas nessa pesquisa no momento pertinente.

A decisão da SDC do TST leva em consideração as repercussões que as crises econômicas podem gerar no mundo globalizado com suas interações econômicas cada vez mais intensas, de modo que crises iniciadas em uma parte do globo podem repercutir nas estratégias de atuação empresariais em localidades muito distantes, ensejando dispensas em massa que surpreendem os trabalhadores e a sociedade na localidade de atuação econômica das unidades de produção dessas empresas. Fundamentando nesse contexto e no reconhecimento da natureza declaratória dos dissídios coletivos de natureza jurídica, rejeitou a preliminar de inadequação do feito.

O acórdão enfrentou diretamente o tema da aptidão dos dissídios coletivos de natureza jurídica (que possui dimensão econômica) para suspender e anular rescisões de contratos de emprego, pois trata-se de situação excepcionalíssima que se adequa à finalidade interpretativa, pois interpreta a ordem jurídica para, destoando de sua função clássica, elucidar matéria eminentemente jurídica a respeito do tratamento jurídico da dispensa em massa ser igual, ou não, ao dispensado às dispensas individuais e as consequências disso. Assim, a SDC adotou

posicionamento a favor de flexibilizar requisitos formais em nome da primazia dessa prestação jurisdicional de máxima relevância.

Em sede de preliminar, a SDC entendeu que nem sempre é necessária autorização expressa da categoria para o ajuizamento de dissídio coletivo de natureza jurídica. Tal entendimento foi fundamentado na excepcionalidade que constitui a dispensa de aproximadamente 4.200 empregados, gerando presunção de impossibilidade de convocação de assembleia geral nesse contexto.

E mais importante, fundamentou a rejeição da preliminar no Artigo 8º, III da CF/88, suscitando no âmbito da presente pesquisa a necessidade de esclarecimento da natureza jurídica desse texto normativo, que também seria posteriormente invocado como fundamento da decisão do STF no âmbito do Tema 638, fazendo com que seja cogitada a hipótese de que os Tribunais em rela consideram essa norma como possuindo natureza principiológica e, portanto, hipótese de incidência ampla.

O acórdão da SDC do TST do caso Embraer também apresenta o contexto do direito comparado apontando a existência de normas sobre o tema e o seu teor relativamente à regulamentação da dispensa coletiva no âmbito da União Europeia, com destaque para Portugal e Espanha. Trata também das normas internas do México e, por fim, apenas da Argentina no que toca à região geográfica da América do Sul.

Por questão de organização, será formulado tópico específico sobre esse contexto, e em prol da compreensão do estado da arte quanto à dispensa coletiva, será apresentado esse contexto e a experiência estrangeira suscitada pela decisão com o acréscimo de países da América Latina sem a pretensão de realização de estudo de direito comparado, mas meramente a título exemplificativo.

O TST, na decisão da relatoria do min. Maurício Delgado, introduziu a evolução histórica da proteção em face da dispensa, como sendo limitada na ordem jurídica brasileira às dispensas individuais sem justa causa (Art. 7º, I da CF), elevando a indenização sobre o FGTS de 10% para 40% de maneira transitória (ADCT) e prevendo infraconstitucionalmente hipóteses de garantia de emprego, posto que o regime de estabilidade decenal celetista não foi abraçado pela CF/88 ao tornar o FGTS obrigatório.

A aludida decisão afirma haver uma lacuna normativa, geralmente é suprida por convenções e acordos coletivos ou PDV's inspirados na Convenção 158 da OIT. Mas no que toca o exercício da jurisdição, a mais alta corte trabalhista está vinculada ao procedimento de

integração da ordem jurídica especificamente delineado pelo Art. 8º da CLT e, nesses moldes, o relator do *leading case* no âmbito do TST se valeu de fundamentação principiológica calcada na dogmática moderna de forte assimilação pela academia, pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, que consiste nas lições de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Embora frequentemente abordado como uma corrente teórica monolítica, tal compreensão remete a um arcabouço teórico que compreende de modo diverso um do outro a figura jurídica dos princípios, colocando-os dentro do direito, mas dando-lhes funções diferentes, sendo um trunfo contra-majoritário para Dworkin e uma espécie normativa axiológica de hipótese de incidência aberta aplicável em graus variados mediante a técnica da ponderação segundo Alexy (Lopes, 2013).

Em razão dessa forte referência à doutrina moderna que sistematiza o que se pode inclusive chamar de teoria dos princípios, para que se pudesse compreender o contexto e o significado do parágrafo anterior, e para que seja possível avançar na análise dos fundamentos das decisões do TST e do STF, foi imprescindível abordar a compreensão neoconstitucionalista de aplicabilidade dos princípios e, conseqüentemente, da teoria dos direitos fundamentais às relações privadas (eficácia horizontal).

Juntamente com a abordagem do “o que” dos princípios, fez-se a elucidação do “como” a dinâmica decorrente da interação dos princípios no interior do sistema jurídico e em sua periferia, considerando a abertura que a prática do Direito em juízo (ou da política judiciária[Kelsen]) para diferentes correntes doutrinárias, que é melhor explicada, em nosso entender, pela teoria dos sistemas idealizada por Niklas Luhmann.

Para além dos clássicos referidos, a decisão do TST aborda as lições do Min. Luís Barroso, que posteriormente viria a proferir voto nos autos deste processo no âmbito do Tema 638 de repercussão geral, que será aprofundado posteriormente. Outros autores nacionais e internacionais de grande relevo igualmente influenciaram o relator na SDC, a exemplo do saudoso Paulo Bonavides e Norberto Bobbio respectivamente, que nas lições citadas na decisão, explicam o papel dos princípios na ordem jurídica contemporânea.

O acórdão da SDC (Brasil, 2009c, p. 12) adota posição pela eficácia imediata dos princípios, de modo que há tese explícita afirmando que seria temerário optar por sua aplicabilidade apenas em caso de lacuna na lei, ou seja, reconhecer sua função integrativa e negar sua função normativa direta.

Esse posicionamento é elucidativo, pois posiciona, de maneira transversa, um órgão fracionário de grande relevância na mais alta corte trabalhista brasileira, a favor da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais (pois estes possuem estrutura normativa principiológica). Essa teoria já foi abordada no capítulo supra pertinente, ao qual remete-se o leitor, reafirmando sua coesão com o objeto da presente pesquisa.

Outra tomada de posição relevante na mesma decisão, é a que adota a perspectiva pós-positivista da ordem jurídica, que embora correlacionada com o maior protagonismo dos princípios, não se encerra nesse aspecto, implicando num maior apreço pela justiça do caso concreto que, por vezes, enseja julgamentos diferentes para casos similares ou as vezes quase idênticos, relevando a segundo plano a segurança jurídica (conforme expresso na própria decisão) que decorre da previsibilidade das decisões, posto que se torna apenas mais um princípio submetido à centralidade da dignidade da pessoa humana.

Tal perspectiva pós-positivista obviamente entende que o positivismo, não obstante seu relevante papel histórico, restou insuficiente para lidar com a complexidade da sociedade de modo a gerar o nível de justiça que a sociedade demanda diante de múltiplas variações com impacto axiológico que uma mesma situação jurídica pode apresentar.

Consequentemente o mote positivista importado das ciências duras, de previsibilidade e controle dos fenômenos perde espaço na ciência do direito, cedendo espaço para um programa normativo que repercute em todo o sistema jurídico, que passa a abrir eclusas para o recebimento de estímulos oriundos do sistema da moral ou dos valores (muito mais suscetível a influências ideológicas, especialmente acerca da noção de justiça *lato sensu*), se desconsiderar o acoplamento estrutural com o sistema político (ou seja, a influência da política) e até mesmo do consenso. Vejamos a fundamentação principiológica da especial proteção conferida pela SDC do TST ao trabalhador em face da dispensa coletiva:

Esta conclusão é sustentável com base nos fundamentos do Estado Democrático de Direito preconizados na Constituição da República do Brasil, definidos entre os Princípios Fundamentais, o da dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (no art. 1º, III e IV) ; a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento econômico; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promover do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outras formas de discriminação (no art. 3º, I, II, III e IV); a independência nacional e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, I e II) (Brasil, 2009c, p. 13).

A referência a todos esses princípios com amparo constitucional não seria possível se nossa constituição não tivesse um programa de ação voltado para o equilíbrio dos interesses

sociais presentes na essência da constituição (Cf. Lassalle, 2007) e no espírito da sociedade daquele momento, que a própria carta constitucional deve refletir (Cf. Kelsen, 2006).

Diante dessas opções realizadas mediante programas de ação que não são mais considerados normas não-autoexecutáveis, mas normas programáticas<sup>34</sup> dentro de uma constituição programática/dirigente destaca-se o papel da interpretação constitucional, que fortalece o posicionamento teórico adotado pelo TST, embora haja respeitável divergência, que inclusive será abordada quando da análise do parecer do MPT no aludido *Leading case*.

A decisão do TST também abordou o aspecto pragmático do desenvolvimento do processo, destacando que notou-se naquele caso que a concessão de tutela cautelar inverteu o ônus exercido pelo tempo sobre as partes impelindo o polo econômico a negociar (Brasil, 2009c p. 14). O relator aduziu que o direito potestativo de dispensar cinge-se ao âmbito individual e que o ato de dispensar coletivamente sem negociação coletiva prévia e espontânea ofende a dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, **abusivo por falta de boa-fé objetiva** (Brasil, 2009c, p. 15).

Ressalta-se que no relatório do min. Marco Aurélio no tema 638 houve destaque para o entendimento do TST de que o exercício unilateral pelo de demissão em massa pelo empregador não constitui direito potestativo (Brasil, 2022a, p. 7), demonstrando que tal aspecto da fundamentação é relevante para o deslinde do feito e para o julgamento que estava a transcorrer no plenário do STF.

O relator aplicou os princípios gerais do direito do trabalho, considerando como um deles a Convenção 158 da OIT (1982) (à luz do artigo 2<sup>35</sup> da declaração da OIT sobre

---

<sup>34</sup> “Não se ignora, obviamente, a existência de normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais que, por exigência do Estado Social de Direito, prestam-se a fixar programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelos órgãos de direção política e que reclamam, por isso, mediação legislativa (as chamadas normas programáticas), tendo, portanto, em razão dessa função de prestação material social, uma eficácia limitada. Mas, nem por isso, essas normas são destituídas de aplicação imediata. Elas apenas exigem um esforço maior de complementação por parte dos órgãos do Judiciário, no exercício de sua atividade de garantia e efetivação dos direitos fundamentais.” (Cunha Júnior, 2018, p.23)

<sup>35</sup> “2. Declara que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, isto é:

a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva;  
 b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;  
 c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e  
 d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação” (OIT, 1998).

princípios e direitos fundamentais no trabalho, que embora se refira às *core obligations*<sup>36</sup>, foi relacionado à convenção 158 na fundamentação do acórdão) culminando na consideração de sua dimensão axiológica para, apenas então, trazer à baila o dispositivo do acórdão, dando-lhe, portanto, dimensão cogente, a despeito da denúncia da aludida convenção pelo Brasil e que será abordada em capítulo específico.

Assim, o Tribunal Superior do Trabalho – TST, na decisão paradigmática do caso Embraer, prolatada em agosto de 2009, adotou algumas premissas que merecem destaque na análise da extensão e dos limites da dispensa em massa perante a ordem jurídica brasileira. Nota-se que o TST utiliza a mesma classificação das modalidades de dispensa (individual, plúrima e coletiva) descrita por Orlando Gomes em 1973, porém referência como fonte de suas pesquisas os escritos de Renato Rua de Almeida, certamente por contar com a atualidade que a primeira fonte não poderia oferecer.

A perspectiva teórica de Almeida (2009, p. 08), portanto, converge com a perspectiva teórica do Tribunal nesse ponto, mas também, e inclusive mais importante, na interpretação desse ato/fato jurídico que é a dispensa coletiva como sendo um praticado à luz dos direitos fundamentais, diante da Eficácia Horizontal destes, no cenário de constitucionalização do Direito, fortalecido pelo boom do constitucionalismo social no pós-segunda guerra mundial e descrito pelo autor como “doutrina moderna”.

Desse modo, Almeida, nesse texto, refere-se à teoria da eficácia mediata, demandando cláusulas gerais e conceitos indeterminados para que haja a referida aplicabilidade, porém, lança mão da exigência de cumprimento da boa-fé objetiva e seus deveres anexos no contrato de emprego, vislumbrando a possibilidade de decisões judiciais limitarem a prática da dispensa em massa ou coletiva diante do arcabouço jurídico disponível, advogando pela correção técnica da decisão tomada pelo TRT 15 no referido *leading case* (Brasil, 2009c, p. 08).

Um dos pontos que chama a atenção na decisão do TRT 15 é a abordagem da (in)constitucionalidade da denúncia da Convenção 158 da OIT, que é objeto de ADI perante o STF, entretanto, por presunção de constitucionalidade do referido ato, ensejou arquivamento por perda do objeto da ADI que questionava a constitucionalidade da própria Convenção 158

---

<sup>36</sup> São as convenções fundamentais da OIT, que recebem em ordem cronológica os números 29 e 105 (sobre trabalho forçado ou obrigatório), 87 e 98 (sobre liberdade sindical), 138 e 182 (sobre trabalho infantil), 100 e 111 (sobre discriminação).

da OIT. Embora o tema seja abordado pelo TRT 15 e replicado pela SDC do TST em sede de Recurso Ordinário bem como mencionado no Tela 638 de repercussão geral do STF, ainda que em *obter dictum*, se faz mister sua análise detida, que será realizada em capítulo próprio.

Outra premissa a cuja referência se faz indispensável é a natureza coletiva dos atos de dispensa massiva. Ou seja, a necessidade de sua análise à luz das regras e princípios do Direito Coletivo do Trabalho, e não do Direito individual do Trabalho, como nota-se da fundamentação do TST às fls. 19 do acórdão pertinente (Brasil, 2009).

Em dissertação de Mestrado sobre o tema, como certamente se notará em outras semelhantes, encontra-se aprofundamento, esclarecimento e defesa da correção desse pressuposto teórico adotado pelo TST, pois a dispensa coletiva, ao repercutir em interesses de natureza coletiva, deve ser interpretada como um ato coletivo, ou seja, submetido ao Direito Coletivo do Trabalho. Diz-se isso porque suas repercussões transcendem o interesse de cada indivíduo dispensado e seu respectivo contrato de trabalho; também porque a simultaneidade da conduta gera solidariedade característica dessas relações, que não se confundem com ações paralelas independentes; ademais, não só os trabalhadores são atingidos, como também a sociedade, que sofre impactos econômicos decorrentes da violação desse bem idôneo que satisfaz necessidades comuns mais amplas que a simples soma dos interesses trabalhistas individuais envolvidos (Teixeira, 2013, 53-54).

Pode-se exemplificar os referidos efeitos mediante referência ao recente caso de dispensa em massa perpetrada pela empresa *Ford Motors Company* em Camaçari-BA em 2021, que gerou uma perda de arrecadação de 50 milhões de reais anual pelo município, além de 20 milhões mensais que deixaram de circular na economia, impactando também o setor imobiliário e até mesmo o setor de educação, com índices de desistência elevados ao patamar de 50% dos matriculados em institutos de ensino particulares, segundo Vasconcelos (2022).

Posicionamos assim no sentido de que o interesse decorrente dos conflitos advindos na demissão coletiva é, portanto, coletivo, são interesses indivisíveis, resultantes da solidariedade das pretensões, do conjunto de consequências que refletem sobre o grupo, pois afrontam os empregados demitidos, a sociedade, a família, e assim deve ser defendido por um sistema que tutele os interesses de massa, em virtude de abranger não apenas um empregado individualmente, mas o grupo como um todo (Teixeira, 2013, 54).

Na esteira da referida autora, se o problema é coletivo, naturalmente a solução mais eficiente provavelmente também será de natureza coletiva. Nada mais natural, portanto, que a participação dos sujeitos do direito coletivo do trabalho na gestão desses interesses conflitantes. Nota-se, a partir dessa vertente teórica, significativa coerência da decisão

adotada pelo TST (e posteriormente pelo STF), no sentido de prestigiar a participação dos sindicatos no procedimento de realização regular das dispensas coletivas.

São múltiplos os fundamentos aduzidos para demonstrar a coerência e a correção jurídico-científica da decisão que exige a intervenção sindical para fins de negociação coletiva no procedimento inerente à realização de dispensas coletivas lícitas. Alguns deles, inclusive, são premissas para outros, como é o caso da relação de precedência entre a natureza coletiva do ato jurídico caracterizador da dispensa coletiva e a incidência do princípio da equivalência entre os sujeitos de Direito coletivo do Trabalho, dado o reconhecimento da submissão desse ato às diretrizes e à racionalidade própria desse ramo do Direito.

Esses dois fundamentos foram elencados pelo TST na decisão do caso Embraer e ratificados pela decisão do STF no âmbito do mesmo processo (Tema 638), dessa feita, em 2022. Ocorre que a coerência dessas premissas é a muito conhecida no âmbito doutrinário, sendo possível lembrar as lições de Delgado, que elucida o modo de aferição da natureza jurídica da relação, como sendo de direito coletivo ou individual do trabalho a depender se as condutas, ainda que intra-empresariais, produzem naturalmente impactos em uma comunidade mais ampla, e na mesma oportunidade destaca que em tais relações e atos jurídicos o empregador e as entidades sindicais serão considerados sujeitos juridicamente equivalentes, afastando a necessidade de tratamento jurídico protetivo (Delgado, 2001, p. 80).

A natureza coletiva da dispensa em massa implica a aplicabilidade de uma série de princípios, que em razão de sua natureza jurídica de norma, considerando a doutrina mais moderna, passam a compor a racionalidade específica do sistema jurídico inerente ao ramo do Direito Coletivo do Trabalho.

A incidência desse ramo do direito e sua aplicação, leva o jurista a vislumbrar os princípios desse sistema que devem incidir sobre as relações entre os seres coletivos obreiros e empresariais que, em termos didáticos, como destaca Emmanoel Pereira, acarreta a incidência conjuntiva do princípio da interveniência sindical na normatização coletiva, da equivalência dos contratantes coletivos e, também da lealdade e transparência nas negociações (boa-fé objetiva), em tese simultaneamente (Pereira, 2019).

Segundo Delgado (2001), essa equivalência entre os seres coletivos do Direito do Trabalho decorre de sua natureza e de processos que lhes são característicos. A natureza, como já explicado, decorre da aptidão de sindicatos e empresas de agirem como seres coletivos, produzindo repercussões que atingem uma comunidade mais ampla, ou seja,

mesmo quando a empresa atua isoladamente, age como um ser coletivo (Delgado, 2001, p. 91).

Quanto aos processos que justificam a equivalência entre os seres do Direito Coletivo do Trabalho, eles são descritos como a circunstância desses serem estarem contrapostos nessas relações, bem como munidos de instrumentos eficazes de pressão (para o sindicato, estabilidade, prerrogativas, greve e outros institutos lhe permitem se defender, equilibrando a relação); conquanto haja críticas no vetusto texto à efetivação dessa equivalência por uma legislação à época anquilosada (Delgado, 2001, p. 92). Em suma, empresa e sindicatos são tratados pelo Direito Coletivo do Trabalho como iguais em suas relações, de modo que nenhum deles se encontra em situação de vulnerabilidade que demande proteção jurídica diferenciada.

Dentre os fundamentos elencados pelo TST e confirmados em sede de embargos de declaração, para afirmar que “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores” (Brasil, 2009c) encontramos o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que por conta de sua amplitude, até poderia ser abordada a partir da perspectiva do seu potencial para fundamentar decisões em sentido diametralmente oposto, ou a partir de discussões à luz da técnica de ponderação, capaz de ensejar a chamada “regra da dignidade da pessoa humana”, que atrai posicionamentos voltados para sua inafastabilidade e seu caráter absoluto.

Entretanto, o recorte que guarda maior pertinência com o objeto da presente pesquisa é o estabelecimento de parâmetros seguros acerca do conteúdo material desse princípio, fortalecendo esse fundamento aduzido pelo TST e garantindo maior grau de cientificidade e precisão à análise da extensão e limites que a moldura da ordem jurídica possibilita à interpretação mais adequada do que seria o exercício lícito da dispensa coletiva.

Seminais as lições de Daniel Sarmiento (2016, p. 92), ao descrever o princípio da Dignidade da pessoa humana como sendo o resultado de uma simbiose entre o plano político-filosófico e o plano jurídico (que pode ser descrito sistemicamente como uma repercussão da abertura cognitiva do sistema jurídico e do seu acoplamento estrutural com o sistema político). Essa norma-princípio pode ser decomposta em cinco componentes: i) o valor intrínseco da pessoa (implicando sua não instrumentalização); ii) igualdade (implicando rejeição a hierarquias); iii) autonomia (ligada à autodeterminação); iv) mínimo existencial (condições materiais básicas), e. v) reconhecimento (identidade individual e práticas sociais/institucionais) (Sarmiento, 2016, p. 92).

Apesar dos fundamentos expostos no julgamento do caso Embraer pelo TST sob a relatoria do Min. Delgado terem sido coerentes com a principiologia atinente às dispensas em massa e ao Direito Coletivo do trabalho, bem como consentâneos com o que viria a ser decidido posteriormente pelo STF no âmbito do mesmo processo (a manutenção da decisão do TST mediante desprovimento do Recurso Extraordinário, não obstante modificada a tese jurídica), há outras decisões, posteriores à decisão do caso Embraer (e anteriores ao julgamento do tema 638), que tomaram um rumo diferente no âmbito próprio TST.

Alguns exemplos precisam ser trazidos à baila, para que não se passe ao leitor a impressão de que sempre houve uma uniformidade no âmbito do TST acerca de como lidar com a judicialização das dispensas em massa. Iniciar pelo Processo nº TST-RO-1016-72.2013.5.05.0000 de relatoria da Ministra Kátia Arruda, julgado em maio de 2019 trata dessa cizânia explicando em sua fundamentação, inclusive, a modificação de entendimento ocorrida no âmbito do TST (Brasil, 2019b).

Tal mudança de entendimento foi aplicada no julgamento em epígrafe como entendimento já sedimentado na corte e, apesar de ser processualmente o oposto do *leading case* da Embraer, foi julgado por unanimidade. O julgado faz referência expressa ao julgamento do dissídio coletivo nº RODC 309/2009-000-15-00.4 de relatoria do Ministro Maurício Godinho Delgado, e que firmou entendimento no sentido de admitir a utilização do dissídio coletivo de natureza jurídica em caso de dispensa em massa.

Mas também faz alusão à mudança de entendimento quanto a esse aspecto processual quando do julgamento do Processo nº RO 10782-38.2015.5.03.0000 (Brasil, 2018c), que foi suspenso para submissão ao Pleno do TST que, no dia 18 dez. 2017, decidiu que o dissídio coletivo jurídico não era o meio adequado para a discussão da controvérsia, extinguindo o feito sem resolução do mérito por entender que a postulação deveria ser feita em ação individual, ainda que plúrima.

Embora às folhas 4 do acórdão do RO-1016-72.2013.5.05.0000 (Brasil, 2019b) a relatora tenha ressaltado seu entendimento, no sentido de admitir a existência de um dissídio coletivo específico de dispensa em massa, de natureza mista (diverso do de natureza jurídica e do de natureza econômica), o que não deixa claro se cabível ou incabível o dissídio coletivo de natureza jurídica, quando do dispositivo, restou consignado o julgamento da SDC do TST, por unanimidade, pela extinção sem resolução do mérito em razão da inadequação da via eleita pelo demandante.

Tal decisão também faz referência a outros três precedentes, transcrevendo suas ementas, por isso também, é representativa para ser apresentada nesse momento ao leitor como forma de deixar transparecer a reiteração do entendimento de que o dissídio coletivo de natureza jurídica não se presta a dirimir controvérsia decorrente de dispensa em massa. Pois, assim resta consignado nas decisões dos processos RO-10782-38.2015.5.03.0000 (já referido), RO-1003945-40.2016.5.02.0000 (da relatoria do Min Delgado, que ressaltou seu próprio entendimento, conforme consta da ementa<sup>37</sup>) e do RO-69-73.2012.5.15.0000 (em que consta a afirmação de que a discussão da configuração da dispensa em massa é típica de dissídio individual, ainda que plúrimo conforme se verifica da ementa<sup>38</sup>).

#### 4.6 FUNDAMENTOS DO STF NO TEMA 638

Da leitura do inteiro teor do acórdão do Recurso Extraordinário número 999.435/SP (Brasil, 2022a) extrai-se que *leading case* Embraer foi objeto de julgamento no plenário do STF com repercussão geral, sendo finalizado o julgamento no dia 08 de junho de 2022

---

<sup>37</sup> “RECURSO ORDINÁRIO DO SINDICATO DOS PROFESSORES DE SANTO ANDRÉ, SÃO BERNARDO DO CAMPO E SÃO CAETANO DO SUL - SIMPRO-ABC. DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA. PROCESSO ANTERIOR À LEI 13.467/2017. DISPENSA TRABALHISTA COLETIVA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

Trata-se de dissídio coletivo de natureza jurídica cujo objeto é a nulidade da dispensa coletiva de professores nas unidades de Mario Amato e São Caetano do Sul praticada pelo Suscitado, sem a prévia negociação coletiva, com a respectiva reintegração dos trabalhadores da categoria. Ressalvado o entendimento deste Relator, o Tribunal Pleno, nos autos do RO 10782-38.2015.5.03.0000, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 16/04/2018, considerou inviável o manejo do dissídio coletivo de natureza jurídica para os casos de dispensas em massa de trabalhadores pela empresa empregadora, sendo que a pretensão pode ser submetida à jurisdição trabalhista por meio de ação individual, ainda que plúrima. Incabível, portanto, o ajuizamento de dissídio coletivo de natureza jurídica a fim de caracterizar (ou não) dispensas em massa de trabalhadores no mercado de trabalho, devendo ser mantida a extinção do feito sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC/2015. Recurso ordinário desprovido” (Brasil, 2019a).

<sup>38</sup> “PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES DA AÇÃO ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES PELA EMPRESA SUSCITADA. **DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA. DISPENSA COLETIVA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.** O Pleno do Tribunal Superior do Trabalho sedimentou o entendimento de que a discussão acerca da configuração de dispensa em massa ou coletiva é típica de dissídio individual do trabalho, ainda que plúrimo, não sendo admitido o ajuizamento de dissídio coletivo de natureza jurídica para análise do pleito. Isso porque o objeto do dissídio coletivo de natureza jurídica é a interpretação de normas coletivas pré-existentes ou de disposição legal particular à determinada categoria profissional ou econômica. O presente dissídio coletivo busca a anulação da dispensa coletiva, com reintegração dos trabalhadores, tendo nítido viés desconstitutivo e condenatório, não se enquadrando, portanto, na definição de dissídio coletivo de natureza jurídica. Não evoca, como se infere, interpretação de norma pré-existente, nem de comando de dispositivo de lei, porque, anteriormente à Lei nº 13.467/2017, situação dos autos, não havia regramento acerca da dispensa coletiva, como agora se dá com o art. 477-A. Trata-se, portanto, de tutela de interesses concretos e individuais de trabalhadores, incompatível com a via eleita do dissídio coletivo, notadamente o dissídio de natureza jurídica. Preliminar de contrarrazões que se acolhe quanto à inadequação da via eleita, para extinguir o feito sem julgamento do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC, ficando prejudicada a apreciação do recurso ordinário” (Brasil, 2018a).

mediante decisão por maioria, fixando tese jurídica favorável da intervenção sindical prévia à dispensa em massa. O acórdão foi publicado em 15 de setembro de 2022, tendo sido objeto de embargos de declaração por duas vezes.

A consulta pública aos autos do processo no site do STF (Brasil, 2022a) permitiu observar que os primeiros embargos foram conhecidos em parte e julgados procedentes em 12 de abril de 2023 para esclarecer a modulação dos efeitos temporais da decisão, aplicável “apenas às demissões em massa ocorridas após a publicação da ata do julgamento de mérito” do STF e não a partir da decisão do TST.

Os segundos embargos, questionando o termo inicial da modulação fixado na decisão do supremo para correlaciona-lo à decisão do TST, aventou discussão ocorrida e decidida no julgamento com fundamento na incerteza sobre a aplicabilidade da decisão do TST diante de divergência nos tribunais trabalhistas concomitantemente à pendência de julgamento do *leading case* pelo STF. Considerados como meio inadequado para rever o mérito da decisão, diante da ausência de vícios, os segundos embargos foram rejeitados por unanimidade em 02 de junho de 2023, constando do andamento processual no sitio do TST o transitado em julgado em 23 de junho de 2023 com posterior baixa definitiva.

Ocorre que ambas as partes interpuseram Recurso Extraordinário. Os Recursos Extraordinários de ambas as partes não foram admitidos no juízo de admissibilidade *a quo* e, diante da negativa de seguimento, ambas as partes interpuseram Agravo, que não gerou efeito regressivo (não houve retratação no âmbito do TST) de modo que o recurso foi para o STF e, o relator sorteado, o min. Marco Aurélio, indeferiu ambos os recursos. Irresignadas, novamente ambas as partes recorreram, e, desta feita, em sede de agravo interno, o relator proveu o recurso e determinou a inserção do RE no sistema de repercussão geral, no qual foi reautuado como RE 999.435 (Brasil, 2022a, p. 48)<sup>39</sup>.

Como transcorreu o julgamento de mérito no âmbito do supremo, o posicionamento jurídico adotado por cada ministro, o teor e os fundamentos do seu voto são de crucial relevância para compreender o desenvolvimento do tema no âmbito do poder judiciário, inclusive, com remissão à doutrina, à normatividade internacional (convenção 158 da OIT) e à legislação estrangeira (europeia), que impele a presente pesquisa à aferição, ainda que a título

---

<sup>39</sup> O Recurso Extraordinário que foi a julgamento foi o interposto pela Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A. Embraer, segundo consta do inteiro teor do acórdão (Brasil, 2022a, p. 92)

meramente exemplificativo (sem a pretensão de transmutar-se em uma análise de direito comparado), da experiência estrangeira.

O julgamento no âmbito do STF ocorreu sob a relatoria do min. Marco Aurélio. Impedido o min. Luiz Fux, assumiu a presidência da sessão a então vice-presidente da corte, min. Rosa Weber. O primeiro a votar, conforme o procedimento determina, foi o relator, min. Marco Aurélio, que votou pelo acolhimento do recurso extraordinário da categoria econômica, apesar de no final do julgamento ter prevalecido o posicionamento divergente, ou seja, pelo não provimento do recurso (Brasil, 2022a).

Acompanharam o voto do min. Relator os ministros Nunes Marques, Gilmar Mendes e, inicialmente, também, Alexandre de Moraes. De outra banda, o min. Edson Fachin abriu a divergência, sendo acompanhado pelas ministras Carmen Lúcia e Rosa Weber, bem como pelo min. Ricardo Lewandowski. O voto do ministro Luís Roberto Barroso também foi pelo não acolhimento do recurso e foi sucedido pela mudança de voto do min. Alexandre de Moraes (Brasil, 2022a).

O voto do relator confere destaque ao artigo 7º, I da CF/88, porém interpreta-o restritivamente (Brasil, 2022a, p. 13), em dissonância com o princípio da máxima efetividade constitucional e, nessa toada, fixa como premissa para sua decisão o princípio da legalidade privada, segundo qual, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei. Acrescenta que a compreensão do termo lei também é restritiva, pois exige o processo legislativo ressaltado no escólio de José Afonso da Silva, desconsiderando perspectivas clássicas, como a de Kelsen, que considera a decisão judicial a “lei” do caso concreto.

O relator, apesar de conferir mais peso à livre iniciativa e demais interesses empresariais em sua decisão, faz crítica à corrente ideológica que defende o sacrifício de direitos sociais trabalhistas como solução para a estagnação com vistas à retomada do crescimento econômico sob o nome de flexibilização bem como àqueles que esperam corrigir mazelas do país com emendas à constituição. Com isso destaca a função da constituição de aumentar a segurança jurídica no país, e isso ocorre em razão justamente de sua perenidade, não de sua variabilidade.

Por isso, para ele, o equilíbrio da relação e a proteção da dignidade do trabalhador se submetem a essa diretriz de segurança jurídica, à legalidade privada, que considera (em sua literalidade textual) a dispensa do empregado um ato unilateral que independe de concordância do destinatário.

Nesse ínterim, primando pela literalidade, o relator remete ao artigo 477-A da CLT para frisar que “não há vedação ou condição à despedida coletiva” (Brasil, 2022a, p. 17). Antes de concluir seu voto, ele afirma que no Direito o meio é que justifica o fim. Essa passagem, curiosamente não remete à técnica da ponderação já abordada supra e comumente conhecida pelas lições de Robert Alexy (2017) no sentido de que o meio (de restrição a um princípio) deve ser adequado, necessário e proporcional ao fim a que se destina (ou seja, a efetivação do valor principiologicamente prevalecente).

O voto subsequente foi do min. Nunes Marques, que em seu relatório reproduz ementa da decisão da SDC do TST com destaque nosso para o fundamento de vedação do manejo unilateral e potestativista da dispensa coletiva em razão de convenções internacionais (da OIT) ratificadas pelo Brasil (de número 11, 87, 98, 135, 141 e 151 a título exemplificativo) por se tratar de ato/fato inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, gerando invalidade da dispensa coletiva não negociada coletivamente que foi, e aqui com destaque em negrito do referido ministro, fixada apenas como premissa para casos futuros em razão da imprescindibilidade da negociação coletiva para as dispensas em massa (Brasil, 2022a, p. 22-23)

O ministro segue com o relatório destacando os argumentos das partes naquela demanda que iniciam pela da regulamentação do Art. 7º, I da CF/88 e da impossibilidade jurídica de sua regulamentação pelo poder normativo ou da Convenção 158 da OIT. Passam pela separação dos poderes e pelo equilíbrio entre o princípio da proteção e a sobrevivência da empresa. Relembrou ainda que no relatório do min. Marco Aurélio consta que a SDC do TST decidiu que diante da dispensa em massa, inviabilizada a negociação coletiva, observar-se-á o processo judicial – dissídio coletivo (Brasil, 2022a, p. 23-26).

Ainda no relatório, lembrou que Embraer e Eleb Equipamentos Ltda. Argumentaram em sede recursal que a SDC do TST invadiu a competência do Poder Legislativo e que tal medida ameaça a sobrevivência das empresas em crise, viola o poder de gestão e o princípio da livre iniciativa (Brasil, 2022a, p. 27).

Quanto ao parecer do Ministério Público, no voto consta ementa do parecer que opinou pelo desprovimento do recurso com fundamento na generalidade das normas principiológicas contrapostas no interior do sistema constitucional, de modo que qualquer opção de solução objetiva constituiria uma opção política em sua essência. Ademais, opinou pela prejudicialidade da ADI 1.625 (Brasil, 2023b) por relacionar-se com a validade da

revogação da convenção 158 da OIT, adotando posicionamento sobre a questão, que será abordado no capítulo pertinente (Brasil, 2022a, p. 28-30).

O ministro passou ao voto rejeitando a preliminar de prejudicialidade e dando provimento ao recurso por entender que a dispensa em massa de trabalhadores prescinde de negociação coletiva. Em seu voto, faz referência a uma série de direitos trabalhistas individuais constantes do Art. 7º, com especial destaque para o inciso I e a ausência de lei complementar que o regulamente. A referida linha argumentativa lhe permitiu concluir pela ausência de comando constitucional que exija negociação coletiva para a validade das dispensas sem justa causa tanto na dimensão individual quanto na dimensão coletiva (Brasil, 2022a, p. 31-32).

O ministro Marques afirma que a negociação coletiva está prevista em hipóteses taxativas no artigo 7º da CF. Com todas as vênias, consideramos que a lógica de exigência da negociação coletiva como instrumento de proteção do trabalho em face do capital não foi levada em consideração pelo ministro. Em prosseguimento, a referência ao princípio da legalidade esclarece o caminho interpretativo adotado, em favor da interpretação literal e isolada do Artigo 477-A da CLT (Brasil, 2022a, p. 33).

O voto do ministro Marques busca colocar luzes sobre a preservação e fortalecimento da segurança jurídica que resulta da aplicação do aludido artigo mediante simples subsunção que não resvala para um campo de incertezas e prima pela preservação das empresas (talvez mais dos interesses empresariais) que são fortalecidos com essa liberdade irrestrita de realizar dispensas massivas. Ainda há fundamentação do voto na necessidade de observância da exigência constitucional de lei complementar para a regulamentação do tema, que não é suprida por normas de tratados internacionais (Brasil, 2022a, p. 34).

Após trazer ementa da relatoria do min. Celso de Mello na ADI 1.480 MC, tratando sobre a Convenção 158 da OIT, em referência a tema que na presente pesquisa será abordada em capítulo próprio, o ministro Marques aderiu à tese do ministro relator, Marco Aurélio, votando pelo provimento do recurso e, portanto, pela prescindibilidade da negociação coletiva nas dispensas coletivas (Brasil, 2022a, p. 36).

Um voto que seria modificado posteriormente no julgamento também merece atenção, pois além de contribuir para a compreensão do perfil do pertinente momento histórico da corte suprema brasileira, também contribui para o debate racional e público, portanto

democrático, na concepção ampla de democracia de Amartya Sen (2011) (transcendendo a experiência histórica ocidental), é o voto do ministro Alexandre de Moraes.

O ministro Alexandre, em seu voto inicial, vai direto ao ponto quanto à questão decidida pelo TST, sendo descrita como a necessidade de negociação coletiva para dispensa em massa. Ele chama a atenção para o fato de que o TST decidiu considerando uma mudança de jurisprudência com efeitos para casos futuros. Ele ressalta que a norma de transição que regulamenta o Art. 7º, I da CF/88 estava a completar 33 anos em 2022 e segue argumentando no sentido da taxatividade das hipóteses de exigência de negociação coletiva, com a mesma lacunosidade teleológica do min. Nunes Marques, concluindo que considerando o texto constitucional e o Art. 477-A no plano infraconstitucional, não haveria lacuna a ser suprida pelo poder normativo da justiça do trabalho (Brasil, 2022a, p. 37-39).

O ministro Alexandre, inicialmente em seu voto, seguiu uma linha argumentativa de que a norma transitória do ADCT já seria o suficiente para tutelar a situação jurídica do empregado dispensado sem justa causa (a premissa implícita é a equivalência entre a dispensa individual e a coletiva, o que na verdade deveria ser a conclusão desse silogismo), chegando a afirmar, com todas as vênias, que a decisão do TST não teria respaldo no ordenamento jurídico e nem na convenção 158 da OIT, de modo a seguir a tese proposta pelo ministro relator, Marco Aurélio (Brasil, 2022a, p. 40-41).

Há que se ressaltar que os votos dos ministros que foram favoráveis a dar provimento ao recurso da categoria econômica frequentemente remetem ao Artigo 477-A da CLT para afastar a necessidade de negociação coletiva. Entretanto, o referido artigo, em sua literalidade, afasta a necessidade de firmar convenção ou acordo coletivo de trabalho, não afastando a necessidade negociar (de boa-fé) e o conseqüente diálogo social. É sabido que na hermenêutica jurídica há várias espécies de interpretação, sendo a literal a mais singela, e por isso, menos prestigiada.

Ocorre que é possível ir além da literalidade para referenciar a discussão que ocorre acerca da possibilidade de flexibilizar direitos trabalhistas por acordo individual quando o legislador usa a expressão “mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”, al como ocorre no Art. 7º, XIII da CF/88. A doutrina entende, todavia, que quando o legislador utiliza a expressão “convenção ou acordo coletivo”, apenas os instrumentos coletivamente negociados teriam a aptidão para flexibilizar o direito a que se refere, sendo o que ocorre no Art. 7º, VI da CF/88.

Nessa linha interpretativa, o Artigo 477-A da CLT, ao equiparar às dispensas individuais a dispensa coletiva, afasta a necessidade de “celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação”. Desse modo, ela não afasta a necessidade de outros instrumentos de diálogo social atípicos, tais como processos privados, auditorias, mediações, medidas de colaboração com associações e sindicatos ou quaisquer outras formas de diálogo não revestido pelo caráter extensivo que o CCT e o ACT possuem ao vincular, por força de lei, toda a categoria, mesmo os discordantes.

Portanto, negociação coletiva é diferente de acordo coletivo e de convenção coletiva. Por mais que tal afirmação pareça trivial, o acórdão do STF passa a impressão, em alguns momentos, de estar tratando negociação e convenção como sinônimos. Como na passagem do Voto do ministro Alexandre em que ele afirma que o contrário de votar pela equiparação total, irrestrita e ilimitada entre dispensa individual e coletiva seria “Impor ao empregador a realização de acordo coletivo prévio em casos de dispensa em massa” (Brasil, 2022a, p. 54), mas na verdade reconhecer o dever de negociar (de boa-fé, ou seja, com “contornos definidos”) não se confunde com a obrigatoriedade de firmar instrumentos coletivamente negociados.

Outra passagem do julgamento no STF se encontra ainda no voto do ministro Alexandre de Moraes, quando ele afirma que “Sobreleva notar que, na espécie, inexistente conflito de princípios constitucionais a ensejar o emprego da técnica hermenêutica de ponderação” (Brasil, 2022a, p. 54). Diz-se isso porque é muito comum na doutrina (Cf. Alexy, 2017; Cf. Sarlet, 2009) a afirmação de que o sistema de direitos fundamentais é principiológico, e, portanto, passível de aplicação mediante ponderação. Não parece que tal afirmação seja fácil de sustentar, ou que goze de significativo prestígio teórico ou técnico-jurídico.

Outro argumento que se encontra no voto originário (pois houve mudança do voto) do ministro Alexandre de Moraes que não é capaz de refutar a necessidade de negociação coletiva, é o da tendência política de restringir o poder normativo da justiça do trabalho, inclusive com o exemplo da aposição do “comum acordo” enquanto requisito para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica. Nesse ponto, basta reiterar que o que se defende é a necessidade de negociação coletiva, não de judicialização coletiva. Nesse contexto, relevante a citação direta:

Deve-se atentar que a expressão “comum acordo” contida no artigo 114, parágrafo 2º, da Constituição Federal, introduzida pela Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional 45/2004), alude a essa obrigatoriedade de negociação coletiva apenas

para o dissídio coletivo de natureza econômica, nada mencionando acerca dos casos de dispensa em massa de trabalhadores. (Brasil, 2022a, p. 56).

Há um equívoco conceitual no texto. Pois “comum acordo” é aquiescência, mesmo tácita. Não se confundindo com obrigatoriedade de negociar. O artigo 114, §2º, data máxima vênia, não estabelece sozinho qualquer obrigatoriedade específica de negociar, existe uma obrigatoriedade genérica de negociar, que pode ser aferida de uma interpretação sistemática do direito coletivo do trabalho, bem como da boa-fé objetiva, e da legislação infraconstitucional conforme o artigo 616 da CLT, de modo que a recusa à negociação é considerada conduta antisindical.

Na sequência desse primeiro momento do voto do ministro Alexandre de Moraes, apesar da votação ser iniciada pelo relator e continuar pelo revisor e demais ministros em ordem inversa de antiguidade, o Ministro Edson Fachin, que se aposentaria em fevereiro de 2023, antecipa seu voto nos termos do que permite o próprio regimento interno do STF (Art. 135 do RISTF<sup>40</sup> [Brasil, 2020]), com isso, abre divergência, iniciando seu voto já anunciando que exporá os fundamentos pelos quais entende que a negociação coletiva prévia à demissão em massa é obrigatória, de modo que seu voto foi dado no sentido de negar provimento aos recursos da categoria econômica, mantendo a decisão da SDC do TST (Brasil, 2022a, 61-63).

O ministro Fachin adotou o relatório do relator, expôs o teor da decisão do TST e iniciou sua fundamentação a partir do conceito de Justiça Social, indicando sua função de vetor e fundamento do Estado Democrático de Direito (Brasil, 2022a, p. 64). Iniciar a fundamentação destacando a relevância da justiça social demonstra a importância desse valor para a ordem jurídica brasileira, e consequentemente dos direitos sociais para o fortalecimento da democracia.

Na evolução do pensamento do Direito do Trabalho, a Justiça Social ocupa posto de destaque desde seu surgimento. Barbagelata (2012, p. 40) refere-se ao pensador Vítor Considerant (1805-1893) como sendo o primeiro a trabalhar a ideia de justiça social, que constitui um dos três princípios filosóficos aos quais Barbagelata dá destaque na análise do

---

<sup>40</sup> “Art. 135. Concluído o debate oral, o Presidente tomará os votos do Relator, do Revisor, se houver, e dos outros Ministros, na ordem inversa de antiguidade.

§1º Os Ministros poderão antecipar o voto se o Presidente autorizar.

§2º Encerrada a votação, o Presidente proclamará a decisão.

§3º Se o Relator for vencido, ficará designado o Revisor para redigir o acórdão.

§4º Senão houver Revisor, ou se este também ficar vencido, designar-se-á para redigir o acórdão o Ministro que houver proferido o primeiro voto prevalecente, ressalvado o disposto no art. 324, § 3o, deste Regimento. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 49, de 3 de junho de 2014)” (Brasil, 2020, p.89)

processo de internacionalização e constitucionalização do Direito do Trabalho. São eles, além da justiça Social, a declaração de que o trabalho não é uma mercadoria e a dignidade da pessoa humana (Barbagelata, 2012, p. 92).

Generalizando-se em meados do século XIX, sendo por vezes compreendido através da rudimentar contraposição à injustiça social e à sociedade do privilégio (v.g. nas lutas sociais uruguaias) e, por vezes, da oposição em documentos internacionais, como o Tratado de Versalhes (seção XIII), o texto original da Constituição da OIT (como pressuposto da paz permanente), a declaração de Filadélfia (ratificando o significativo consenso acerca do disposto na Constituição da OIT), na Carta Internacional de Garantias Sociais (1948), bem como em documentos pontifícios (Barbagelata, 2012, p. 92).

Sua conceituação, na pesquisa empreendida por Barbagelata (2012, p. 93), consistir num sobreprincípio que ao ser descrito por Wilfred Jenks demanda a efetivação conjunta de princípios tradicionalmente conhecidos, como não discriminação, liberdade, igualdade de oportunidades e igualdade material (e não meramente formal), pois na descrição de Mario de la Cueva está ligada às necessidades que surjam para o homem real, não abstrato, ligadas ao bem-estar e à satisfação integral das necessidades humanas (enquanto mandamento de otimização), de modo que se trata de um “princípio de ação”.

Numa perspectiva mais específica, considerando o objeto da presente pesquisa, relevante a conceituação de Werner Goldschmidt (1986, p.7), para quem “[...] *En un sentido más especial, se entiende por justicia social la distribución justade los bienes económicos, de La organización del trabajo y de los salarios de los obreros*”.

Do ponto de vista dogmático, a CF/88 assegura a justiça social, juntamente com o bem-estar social no artigo 193. Tanto a norma jurídica contida no texto do referido artigo, aí incluso o primado do trabalho, quanto a valorização do trabalho humano, contida no Artigo 170 da CF/88 são referenciados no início do voto do ministro Fachin, conduzindo os iniciados no texto constitucional à compreensão dos deveres que decorrem do cotejo dos diversos valores tutelados pela constituição na regência da ordem social e econômica respectivamente.

Fachin, em seu voto, considerando que a constituição inaugura um Estado Social, confere maior peso no caso concreto aos valores que guarnecem o polo obreiro do processo objeto de sua análise, mas não desconsidera os valores contrapostos, que estão inclusos nas mesmas normas supracitadas. Desse modo, ele remete à importância da dialética que o próprio intérprete estabelece entre esses valores a partir da correta interpretação do texto

normativo. Interpretação esta que, segundo ele ressalta, pode conduzir a resultados distintos, mas, acima de tudo, colaborar para o enfrentamento dos desafios contemporâneos (Brasil, 2022a, p. 65).

Esta dialética entre o Estado Social de Direito e o Estado Liberal de Direito, que é harmonizada em nossa ordem jurídica pela CF/88, segundo o voto do min. Fachin, direciona esforços para o ser humano situado em sua comunidade, bem como para sua efetiva inclusão nesta (Brasil, 2022a, p. 66).

A exposição dos fundamentos no voto do referido ministro remete à posição privilegiada da dignidade da pessoa humana no sistema de direitos fundamentais. Como já se disse alhures, esse princípio é sua engrenagem mestra. E embora não se possa olvidar a íntima ligação dos direitos de liberdade, da livre iniciativa e outros direitos igualmente fundamentais comumente relacionados à propriedade privada na sociedade capitalista, segundo Fachin, os direitos sociais fundamentais trabalhistas são corolários primários do modelo político inerente ao Estado Democrático de Direito.

O ministro Fachin, diante dos argumentos de crise econômica apresentados pelos recorrentes da categoria econômica, adentra no tema da mitigação dos direitos trabalhistas em razão de contingências da realidade (Brasil, 2022a, p. 67), mas não discute o tema do núcleo essencial desses direitos fundamentais. Tema de extrema relevância nesse contexto, pois, se os direitos fundamentais constituem trunfos contra a maioria (Dworkin), não poderiam eles ser afastados diante de situações imprevistas, pois é da essência desses direitos, assegurarem os bens jurídicos de extrema relevância justamente diante das situações inesperadas.

No caso, a remissão aos direitos fundamentais como trunfos contramajoritários de Dworkin é pertinente por questão de coerência/integridade, inclusive interna do voto em questão, pois o ministro Fachin remete às lições do jusfilósofo ao conceber o ser humano destinatário da norma de dignidade da pessoa humana como um ser inserido em sua comunidade, merecedor de proteção concreta e real destinada a assegurar igual respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, o que elemento central das lições de Dworkin (2012) em “Justiça Para Ouriços”.

O voto de Fachin também se caracteriza por atribuir forte densidade normativa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Indo além de explicar sua ontologia, que embora seja fundamentada nas lições de Ingo Sarlet comumente é remetida às lições de Emanuel Kant. Passa pela efetividade, ressaltando sua eficácia horizontal, ou seja, a vinculação dos

particulares, com destaque para o convívio comunitário. Tudo para destacar que o objetivo maior é reconhecer direitos e estabelecer deveres fundamentais (Brasil, 2022a, p. 67-68).

O efeito *cliquet* não foi relegado pelo voto do min. Fachin. Pois na fundamentação de seu voto, o ministro que abriu divergência referenciou o *caput* do artigo 7º da CF como vetor axiológico-normativo obstativo de retrocessos sociais. Acerca da proibição de retrocesso, além do Artigo 26<sup>41</sup> da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) citado pelo ministro em sua fundamentação, caberia referenciar o seu Protocolo Adicional (Protocolo de São Salvador), promulgado no Brasil pelo Decreto nº 3.321, de 30/12/1999, que ressalta a pretensão de progressividade dos Direitos Humanos, mormente nos seus artigos 1º<sup>42</sup> e 19.8<sup>43</sup>. Bem como, referenciar o artigo 2.1<sup>44</sup> do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) em vigor no Brasil desde 06 de julho de 1992 e que consta em anexo ao pertinente Decreto que o referenda.

Courtis (2006, p. 4). elucida duas espécies de proibição de retrocesso: a empírica, que exige indicadores ou referências empíricas aferidas a partir de um determinado momento no tempo para ser comparado com um momento posterior afim de caracterizar uma determinada política pública como produtora de retrocessos, e; a normativa, que consiste na comparação puramente normativa de uma determinada norma jurídica com a norma que a substituirá, para avaliar se a norma posterior restringe ou suprime direitos ou benefícios.

Tal distinção conceitual é importante para que se possa compreender a perspectiva adotada por diferentes concepções político-ideológicas e consequentemente jurídico-econômicas de que (do ponto de vista de um Estado liberal) a primazia dos valores que

---

<sup>41</sup> “Artigo 27. Suspensão de garantias: 1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social” (Brasil, 1992b).

<sup>42</sup> “Artigo 1: Obrigação de Adotar Medidas: Os Estados-Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo” (Brasil, 1999).

<sup>43</sup> “Artigo 19: Meios de Proteção: 8. No exercício das funções que lhes confere este Artigo, os Conselhos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos deverão levar em conta a natureza progressiva da vigência dos direitos objeto da proteção deste Protocolo” (Brasil, 1999).

<sup>44</sup> “Artigo 2º: 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas” (Brasil, 1992a).

primam pela saúde econômica e assegura os interesses do capital traria como consequência oblíqua melhores condições sociais. Enquanto do ponto de vista social, o primado por valores pró-capital não necessariamente trazem benefícios sociais, pelo que seria imprescindível proteger valores sociais (a sociedade) em face das pressões econômicas (Estado de bem-estás Social).

Diante do conceito de Courtis (2006), nota-se que o voto do min. Fachin adota os pressupostos da análise meramente jurídico-normativa da proibição de retrocesso, bem como confere proteção aos valores sociais consagrados na constituição em contrapeso aos valores de liberdade econômica, apresentando-os como limites aos direitos individuais e coletivos de cunho privatístico, como a livre iniciativa e a liberdade contratual. Há que se ressaltar que os pressupostos adotados pelo ministro convergem com a doutrina moderna da autonomia privada no âmbito contratual, bem como com a função social do contrato.

O aludido voto destaca que embora seja possível a restrição aos direitos sociais, tais restrições precisam ser justificadas com um avanço global no tocante à totalidade dos direitos sociais, econômicos e culturais, elevando o patamar civilizatório mínimo, sob pena da flexibilização injustificada implicar o desfazimento do sistema constitucional de garantia dos direitos sociais e o esvaziamento das negociações coletivas (Brasil, 2022a, p. 70), destacando que a negociação coletiva, em si, é um direito fundamental e que além disso, outros direitos fundamentais dependem dele (Brasil, 2022a, p. 71).

Ademais, a máxima efetividade da norma constitucional, as diretrizes de interpretação constitucional e a expansividade dos direitos fundamentais, com seu caráter principiológico, demandam a maior utilização possível da negociação coletiva, de modo que, a fixação do entendimento a favor da imprescindibilidade da negociação coletiva não constitui, em tese, fator de incentivo à judicialização, pois o Art. 5º, XXXV da CF/88 permite que os sujeitos coletivos pertinentes provoquem o judiciário sempre que entenderem necessário, ainda que sempre o judiciário decidisse que a negociação coletiva é prescindível (Brasil, 1988).

Mas não foi pela prescindibilidade da negociação coletiva que o constituinte se posicionou, mas pelo direito à negociação coletiva e ao reconhecimento dos seus efeitos jurídicos, bem como pela obrigatoriedade da participação do sindicato obreiro em sua realização. Tal obrigatoriedade é ressaltada pelo voto do ministro Fachin, a partir do reforço normativo proveniente das Convenções 98 e 154 da OIT diante de situações de grande repercussão (Brasil, 2022a, p. 72).

Com a robustez teórica exposta, e com mais concisão do que as circunstâncias demandam da presente pesquisa, o ministro Fachin abriu divergência para manter a decisão da SDC do TST, considerando que “é obrigatória a negociação coletiva prévia à demissão em massa de empregados [...]” (Brasil, 2022a, p. 73) propondo a fixação da tese “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores” (Brasil, 2022a, p. 73), que ainda seria objeto de discussão quando do voto subsequente, do ministro Luís Roberto Barroso.

O ministro Barroso inicia lembrando que a ocorreu a dispensa coletiva de 4.270 empregados da Embraer e que o TST julgou o dissídio coletivo daí decorrente aplicando a jurisprudência então prevalecente, portanto, declarando a validade da dispensa. Ato contínuo, o TST fixou a tese de que “A negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores” apenas para os casos futuros. Desse modo, o Recurso Extraordinário objeto do Tema 638 de Repercussão Geral levou ao STF o debate acerca da constitucionalidade da referida Tese (Brasil, 2022a, p. 78).

Ao afirmar que “não se preserva emprego por decreto nem por decisão judicial” o ministro Barroso demonstra que ponderou em seu voto os impactos econômicos das possíveis decisões que poderia tomar, pois a remissão aos limites do direito denota o caráter interdisciplinar da reflexão que, em preza pela preservação da racionalidade jurídica inerente ao sistema jurídico, sem ficar alheio às externalidades, que precisam ser processadas pelo sistema enquanto irritação, mas sem que haja corrupção do sistema jurídico, pois impor-lhe a racionalidade econômica em detrimento de valores assegurados pela ordem jurídico, como equidade e justiça – inclusive bem-estar, apesar de comumente ser mais relacionado com a análise econômica (Pietropaolo, 2010) do que com a análise jurídica.

Barroso destaca a abrangência e relevância da dispensa coletiva levada a efeito pela Embraer e considera legítimo o desejo de representação dos trabalhadores afetados pelo seu sindicato, bem como os esforços para minimizar os impactos sociais da dispensa. Os artigos 7º, I e XXIV e 8º, III e VI da CF/88 são referenciados na fundamentação que destaca a necessidade de valorização dos sindicatos e da negociação coletiva, e o fato de ter sido relegada pela reforma trabalhista de 2017 mesmo constituindo elemento favorável ao processo civilizatório e à busca de harmonia entre as pessoas que se fortalece por meio do debate racional democrático (à luz das lições de Amartya Sen).

Mas na fundamentação elaborada pelo ministro Barroso, sem dúvida, a maior contribuição de seu voto para a deliberação (e conseqüentemente para o debate público e

acadêmico) foi o destaque ao caráter procedimental da exigência fixada pelo TST. Ele enfatizou que o TST não exigiu que se chegasse a um acordo, tampouco que houvesse autorização sindical da dispensa coletiva. Sem acordo a demissão se consumará, posto que não e reconheceu um direito material restritivo da liberdade de pôr fim coletivamente aos contratos empregatícios (Brasil, 2022a, p. 82).

Esse contributo é uma “via de mão dupla”. Pois, se por um lado ele leva à conclusão de que o pretense reconhecimento de um direito potestativo de demitir empregados coletivamente (e/ou individualmente) não é obstáculo para o reconhecimento da imprescindibilidade da negociação coletiva e da interveniência sindical.

Por outro lado, se esse simples “diálogo mínimo” referido pelo ministro significar a impossibilidade de judicialização por inexigibilidade desse dever de negociar que seria um custo *de minimis* numa adaptação razoável do procedimento de realização da dispensa em massa enquanto manifestação do poder diretivo, da liberdade contratual e, indiretamente, do direito de propriedade, isso significa que o caráter procedimental esvazia a cogência da norma e compromete sua densidade normativa, não havendo como falar em núcleo essencial desse direito, que tenderia à inefetividade social. Esvaziando o direito e contrariando o princípio constitucional interpretativo da máxima efetividade, que devem ser prevenido e tutelado respectivamente, conforme inclusive consta do voto (Brasil, 2022a, p. 83).

A linha argumentativa, por vezes, parece migrar para o campo da moral e da ética (e portanto, remeter à boa-fé objetiva no sistema jurídico), pois ao dizer que diante da dispensa de mais de 4.000 empregados “não há razão pela qual não se deva sentar à mesa de negociações” (Brasil, 2022a, p. 83), é a mais pura expressão do singelo bom senso, que dispensa a complexidade das técnicas hermenêuticas ou da lógica jurídica.

Essa linha argumentativa, curiosamente se aproxima da Ideia de Justiça de Amartya Sen (2011, p. 430-437), que adverte sobre a necessidade de fazer a justiça que for possível dentro de determinado nível de consenso (sem unanimidade) que contemple pluralidade, o debate público e democrático, afaste a injustiça extrema e quando necessário admita soluções parciais, dentre outras características.

Barroso chancela a decisão do TST e afirma que ele apenas instituiu um processo legal mínimo para o exercício do direito de extinguir coletivamente contratos empregatícios (Brasil, 2022a, p. 84). Valendo ressaltar que nossa ordem jurídica repele o exercício abusivo de direitos – Artigo 187 do CC/02 (Brasil, 2022a). Então, em outras palavras, quando

reiteradamente o judiciário reconhece que a dispensa coletiva precisa observar a boa-fé e ter seus efeitos sociais deletérios mitigados quando possível (por meio do diálogo) sob pena de nulidade, o que se está a fazer é dissuadir o exercício abusivo do direito de extinguir contratos. O que refletiria, nas poéticas palavras de do min. Barroso, no direito de ser ouvido por ter legítima expectativa de alguma uma cortesia institucional (Brasil, 2022a, p. 84).

Após o voto do min. Barroso, o min. Dias Toffoli pediu vista dos autos, e na sequência do inteiro teor da decisão consta seu voto, proferido na sessão seguinte. Em seu relatório o min. Toffoli relembra que o TST decidiu que nos casos futuros a negociação coletiva seria obrigatória para as dispensas coletivas em razão de se tratar de ato afeto ao direito coletivo do trabalho (Brasil, 2022a, p. 92).

Entretanto, vale a pena lembrar que no plano fático o poder do capital é elemento causador e catalizador da vulnerabilidade do empregado e que a esfera jurídica confia o equilíbrio entre essas forças a um sistema em que se insere, dentre outros sujeitos, o sindicato e os demais componentes do sistema sindical que, não sendo vulneráveis, protegem a força de trabalho.

Ocorre que dados recentes apontam que durante o período de crise econômica e após a pandemia de 2020, os contratos coletivos se tornaram instrumento de precarização da força de trabalho (Campos *et al.*, 2021, *passim*), o que leva à suspeita de que, apesar da proteção sindical, em caso de dispensa coletiva, mesmo havendo a negociação e evitada ou mitigados os efeitos da dispensa em massa, haverá (se observarmos o copo meio vazio) ampla precarização (flexibilização de direitos), que embora “menos piores” do que a dispensa em massa, estarão muito propensos a ocorrer, pois a dispensa em massa no contexto da negociação, também significa um trunfo do capital (embora, em regra, não desejado pelo representante do capital).

Talvez o maior diferencial do voto do min. Toffoli seja a parametrização que ele faz em sua fundamentação com relação à experiência estrangeira. Ele afirma que recorrendo a paradigmas de direito comparado, verificou que “na França, quando são desligados ao menos 10 empregados no período de 30 dias” caracteriza-se a dispensa coletiva, nos termos do art. L1233-46 do Código do Trabalho (Francês) (Brasil, 2022a, p. 95); Afirma que em Portugal, o empregador que simultânea ou sucessivamente, no período de três meses, procede ao desligamento de pelo menos dois ou cinco trabalhadores, a depender do porte da empresa, está a realizar dispensa coletiva (Brasil, 2022a, p. 96).

O ministro também verificou a regulamentação do tema na legislação americana, referenciando o “*Worker Adjustment and Retraining Notification Act.*” (Conhecida como WARN<sup>45</sup>, a alínea “b” do §2102 desta Lei, lei garante aos trabalhadores estadunidenses o aviso prévio a respeito das dispensas coletivas<sup>46</sup>). A partir do que consta nesse diploma legal, o ministro explica que nos Estados Unidos, a dispensa coletiva fica caracterizada “quando são desligados, no período de 30 dias, ao menos 50 empregados de empresas que ocupam no mínimo 100 trabalhadores” (Brasil, 2022a, p. 96) e enfatiza que o caso Embraer impactou cerca de 4,4 mil pessoas (certamente uma estimativa modesta) para expor a dimensão social e econômica de sua repercussão (Brasil, 2022a, p. 96).

Quanto ao conceito de dispensa coletiva e seus parâmetros quantitativo e temporal para fins de enquadramento e definição objetiva do conceito, o min. Toffoli afirma que “há normas internacionais que são precisas” (Brasil, 2022a, p. 96) determinando, inclusive, a obrigatoriedade de negociação coletiva. Afirma ainda que a desoneração que se busca com a desconsideração dos limites à dispensa coletiva não se coaduna com a ordem constitucional brasileira, especialmente porque a defesa da ordem financeira e econômica objetiva também a busca do pleno emprego, de modo que a empregabilidade é uma preocupação do legislador constituinte (Brasil, 2022a, p. 97).

Há ainda, no voto do min. Toffoli um destaque para a função social da empresa e seu corolário, o princípio da preservação da empresa, de modo que enxerga em sua análise da ordem jurídica uma “clara sinalização de que os empregos e a sociedade civil afetada pelas escolhas empresariais são destinatários do amparo estatal” com vistas à preservação da dignidade da pessoa humana e da cidadania (Brasil, 2022a, p. 97).

Nesse ponto do voto, o ministro reforça a esse divergente da do relator, destacando, *in verbis* que “é imperativo que o empregador atue de forma responsável, a fim de reduzir ao máximo os impactos da dispensa na vida dos trabalhadores, de suas famílias, da economia local e da sociedade em geral, o que passa pelo diálogo com as classes e as categorias profissionais, que poderão ter a oportunidade de vislumbrar outras alternativas, menos drásticas e danosas para as partes e para a sociedade[...]” (Brasil, 2022a, p. 98). Sendo que as

---

<sup>45</sup> O site do Employment & Training Administration – ETA (Administração de Emprego e Formação) oferece informações aos trabalhadores e empregadores para que entendam seus direitos e responsabilidades (Cf. <<https://www.dol.gov/agencies/eta/layoffs/warn>>).

<sup>46</sup> Disponível em: < <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title29/chapter23&edition=prelim>>. Acessado em 01/02/2024.

medidas alternativas que se verificam na prática do dia a dia das relações coletivas justralhistas, a exemplo de banco de horas, férias coletivas, suspensão dos contratos de emprego, regime de tempo parcial, redução de jornada e de salário, teletrabalho, PDV/PIDV etc. (Brasil, 2022a, p. 98).

Toffoli ressalta que a negociação coletiva tem o potencial de encontrar alternativa à dispensa coletiva que sejam menos drásticas para os trabalhadores e a comunidade, resultando em maior bem-estar social (Brasil, 2022a, p. 99) e referenciando todos os fundamentos do seu voto faz coro à divergência aberta pelo min. Fachin dizendo:

Com base nessas reflexões, reputo imprescindível a participação prévia dos sindicatos profissionais como requisito de validade das dispensas coletivas, por imperativo constitucional no que tange à garantia do pleno emprego, ao valor social do trabalho, bem como ao disposto no art. 8º, inciso III, da Constituição Federal. (Brasil, 2022a, p. 98).

Ponderando, contudo, que não se trata de autorização sindical, mas de envolver o sindicato no processo de manutenção dos empregos, contribuindo para o crescimento econômico e cumprindo sua função social, aderindo à tese proposta pelo min. Luís Roberto Barroso e reconhecendo, assim como ele, a existência de um dever de negociar (Brasil, 2022a, p. 99-100).

O voto subsequente foi da ministra Carmem Lúcia. *A priori* é interessante notar que imediatamente antes de formular o dispositivo do voto ela faz citação literal da Convenção 158 da OIT, mesmo entendendo que ela é inaplicável ao caso em razão do Decreto 2.100/996. Essa citação em *obter dictum* é eloquente, pois o citado Artigo 13, nos itens 1, 2 e 3 trata exatamente da mitigação dos efeitos nocivos da dispensa por meio da intervenção sindical com objetivo de encontrar medidas alternativas (Brasil, 2022a, p.111-113).

Além da citação de artigos do texto constitucional e do ADCT, a ministra fundamentou seu voto na função social da propriedade, aduziu ser imprescindível a participação prévia dos sindicatos para a validade da dispensa em massa que gere grande instabilidade social. Declarou, aprioristicamente, estar acompanhando o voto e a proposta de tese do min. Barroso, considerando, também, imprescindível o diálogo democrático, de modo que sua obrigatoriedade é decorrência do Estado de Direito, pois a constituição foi expressa em sua preocupação social (Brasil, 2022a, p. 101-102). E com esses fundamentos, de maneira concisa, acompanhou a divergência aberta pelo min. Fachin.

O voto subsequente ao da ministra Carmem Lúcia no âmbito do Tema 638 do STF é o do ministro Ricardo Lewandowski. Ele inicia sua fundamentação dando destaque a alguns

trechos do acórdão impugnado, ressaltando o acerto do TST em sua decisão, inclusive no sentido de que não se permite o manejo potestativista das dispensas coletivas e acompanhando a tese do TST com a redação de que “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”, que foi fixada para o futuro, e, por isso, seria irretocável, pelo que o ministro Lewandowski acompanhou integralmente a divergência aberta pelo min. Edson Fachin (Brasil, 2022a, p. 115-116).

O voto do ministro Gilmar Mendes inicia dando destaque ao protagonismo da autonomia negocial na ordem constitucional inaugurada com a CF/88, sua potencialidade de reduzir/flexibilizar direitos sociais e, com maior ênfase, o quanto essa primazia da negociação coletiva propicia colisões e concorrências jusfundamentais.

Nessa toada, remeteu à jurisprudência da corte, especificamente o julgamento do RE 590.415, tema 152 de repercussão geral, sob a relatoria do Ministro Barroso, no qual se decidiu, em razão da simetria de forças no âmbito das relações coletivas de trabalho, que o PDV ao qual o empregado adira, tem o condão de dar quitação geral, ampla e irrestrita, do contrato de emprego, desde que essa condição conste expressamente do plano ou acordo coletivo que o aprovou, bem como dos demais instrumentos celebrados pelo empregado (Brasil, 2022a, p. 121-122).

Na sequência, rememorou outro precedente da corte, transcrevendo trecho do voto do min. Alexandre de Moraes no RE 1.251.927 relativo ao equilíbrio de forças no âmbito do direito coletivo do trabalho a partir da criação de sindicatos livres. O paralelo, para o min. Gilmar Mendes, se justifica em razão da temática mais ampla nos julgamentos citados e no tema 638 ser, ao seu ver, a definição do papel do sindicato, *in casu*, na hipótese de dispensa em massa (Brasil, 2022a, p. 123).

Apesar das passagens anteriores, em crítica à decisão do TST, o voto também adverte para o fenômeno do “Sindicalismo de Estado no Brasil” (Boito Júnior, 1991), em que o sindicato se desconecta de suas bases e se submete aos interesses do Estado, e que, no entendimento do ministro, ocorre quando se confere ao sindicato a prerrogativa de condicionar a eficácia da dispensa coletiva. Entretanto, a dimensão procedimental proposta pelo min. Barroso não seria passo tão largo, portanto, mais crível nos dizeres do ministro, pois descolado de qualquer referência ao conteúdo do acordo, entretanto, sem referencial ou padrão que sirva de base para controle jurisdicional. Frise-se que na sequência, o min Gilmar Mendes declara voto pelo provimento do recurso, acompanhando o relator e

contraditoriamente afirma ser adequada a tese divergente proposta pelo min. Barroso (Brasil, 2022a, p. 124).

Nesse momento do julgamento, após o voto do ministro Gilmar, o min. Alexandre de Moraes, considerando que a melhor interpretação não seria aquela voltada para a vinculação, mas para o dever de dialogar/negociar. Não como condição de eficácia, mas como instrumento apto a proporcionar maior equilíbrio na relação entre empregados e empregadores. Assim, a partir dos debates, passou a seguir o voto divergente, para negar provimento ao recurso com base na tese proposta pelo min. Barroso (Brasil, 2022a, p. 126-127).

O ministro Lewandowski ressaltou a importância da humildade na função judicante no que toca à coragem de modificar o teor do voto após o decurso dos debates no âmbito da deliberação do colegiado, não obstante tenha mantido seu voto seguindo o voto do min. Fachin em razão de entender que a tese colocada pelo min. Barroso possui a expressão “exigência procedimental” que lhe despertara receio (Brasil, 2022a, p. 128).

A justa preocupação apresentada pelo min. Lewandowski relaciona-se com a ausência de qualquer impacto positivo a partir da exigência de negociação coletiva prévia justamente em razão do seu caráter meramente procedimental. Essa preocupação relaciona-se com a possibilidade de haver uma mera simulação do cumprimento desse dever negocial, pois o cumprimento do procedimento pode ocorrer em descompasso com o efetivo objetivo de minorar os efeitos da dispensa, de aceitar soluções alternativas e inclusive de dialogar.

O referencial teórico adotado na interpelação do ministro Lewandowski demonstra a pertinência, e até mesmo a necessidade de, na análise da decisão do STF, nos debruçarmos sobre as lições de Luhmann. Trata-se de referencial teórico que não pode ser desprezado, sob pena de fazer tabula rasa das discussões levadas a cabo no STF. Diz-se isso porque o próprio ministro referenciou o conceito de “legitimação pelo procedimento”. E a reflexão do ministro remete, inclusive a questões de efetividade e de exigibilidade (sujeição a controle jurisdicional) deste dever de diálogo. Vejamos a literalidade da reflexão referida:

Eu tenho um pouco de receio quanto a esta expressão "exigência procedimental". Nós estamos aqui quase numa posição luhmanniana de legitimação pelo procedimento, porque isso permitiria, em tese, que a empresa ou o sindicato patronal convocasse uma negociação coletiva e, não havendo qualquer tipo de acordo, dispensaria essa negociação. Não houve acordo e pronto, autorizada está a dispensa coletiva (Brasil, 2022a, p. 128).

Essa preocupação, inclusive, subliminarmente questiona o estudioso acerca da adoção de uma perspectiva institucionalista transcendental pelo supremo. Na perspectiva de Amartya Sen (2011), os teóricos que se vinculam a essa perspectiva compreendem como sendo justa e legítima a prática de certos atos, desde que atendam a uma estrutura político-normativa ou a um procedimento previamente estabelecido, de modo que o cumprimento regular do procedimento faz com que se presuma a conformidade/retidão do teor/conteúdo do ato.

Ou seja, uma presunção absoluta de regularidade. Exemplo: uma lei criada mediante regular cumprimento do processo legislativo no âmbito de um estado com tripartição dos poderes e de governo eleito para mandato periódico será uma lei necessariamente democrática – Sen (2011) destaca que não há garantia de que isso necessariamente acontecerá.

Legitimação pelo procedimento, a partir da teoria dos sistemas de Luhmann, como toda lição de Luhmann, precisa ser contextualizada dentro de sua teoria, com conceitos que são peculiares, e contextualizada no âmbito da análise acadêmico-filosófica na qual ele se insere, inclusive com a cautela com relação às interpretações eventualmente equivocadas e com relação às incompatibilidades com outras teorias.

Por isso, importante a advertência de Bachur de que não se pode deixar levar pelo mal-entendido generalizado acerca da legitimação pelo procedimento na visão de Luhmann, pois ele possui obra específica sobre o tema que não deve ser compreendida como se ele pretendesse propor uma extrapolação decisionista-legalista equiparando o conceito de procedimento ao de processo legislativo, judicial ou administrativo (Bachur, 2020, p. 18).

Após a leitura das lições de Bachur e, buscando a fonte de primeira mão, sempre com a concisão que demanda a seleção exclusiva das lições que sejam úteis à elucidação da passagem do voto do Min. Lewandowski, dispensando demais aprofundamentos, pois as lições são complexas, profundas, e dialogam com toda a evolução do conceito e da origem da legitimidade do ponto de vista político, filosófico e sociológico.

Nesse estreito recorte se destacam as afirmações de Luhmann (1980) no sentido de que o procedimento se volta, também, para a obtenção de uma decisão, e que a obrigatoriedade de encontrar uma decisão compromete a busca pela verdade e pela justiça da decisão (pois estas não são garantidas), de modo que com o estabelecimento das decisões se difundiria a convicção de sua exatidão. Assim, posta de lado a questão da verdade e da justiça, a função do procedimento volta-se para a legitimação das decisões, ou seja, sua aceitação como imparcial mediante o uso dessa forma sociologicamente moderna (Luhmann, 1980, p. 23-25).

Como nota-se do trecho da decisão citado na literalidade, a preocupação do ministro com a expressão “exigência procedimental” não se limita à impressão de que não haveria exigibilidade da obrigação imposta, de modo que seu descumprimento não acarretaria consequências jurídicas com vistas à prevenção de judicialização excessiva. Inclusive, porque não parece ser esse o objetivo da expressão, posto que se extrai do histórico processual a consequência de reconhecimento de nulidade em caso da violação dessa “exigência procedimental” principiologicamente imposta.

A preocupação que se coloca, mais factível, refere-se à construção de uma sistemática que seja indiferente para com a justiça do que foi decidido ou para com a verdade subjacente ao conteúdo da liturgia negocial coletiva. E nesse sentido, bem utilizada a remissão às lições de Luhmann, pois sua crítica é justamente no sentido de que “[...]não aceite a priori, que o procedimento presta serviço à verdade.” (Luhmann, 1980, p.25).

Por outro lado, adjetivar a posição criticada por Luhmann como luhmanniana já não parece ser a opção de melhor clareza, pois o que o jus-sociólogo alemão preceitua é a observância de um mecanismo suficiente de aferição de algum nível do que se pode compreender intersubjetivamente como verdade (pressupondo o homem como alguém portador de sentido no mundo), o que fica claro na afirmação: “Por isso, uma teoria do procedimento necessita, dum ponto de vista mais abstrato da relação funcional, que inclua o mecanismo da verdade, mas não se esgote nele” (Luhmann, 1980, p.26).

Em linhas mais amplas, poupando uma incursão teórica mais detalhada e de diminuto proveito nesse momento, profícua a utilização das lições de Bachur (2020) para expor as linhas gerais da legitimação pelo procedimento em Luhmann. Além disso, a contextualização e abrangência da abordagem do autor favorece o diálogo com a presente pesquisa.

No contexto exposto por Bachur (2020), de aceitação das decisões diante das relações sociais, que não ignoram a existência do poder e do dinheiro (portanto, também no contexto das decisões consensuais coletivamente ajustadas no âmbito do sistema sindical), e no qual a legitimidade se relaciona com os motivos da aceitação da decisão (e essa aceitação, ela sim, pode prevenir judicializações), a legitimação pelo procedimento em Luhmann (1980, p. 30) contempla a percepção da contingência nos conflitos sociais, mas resulta numa disposição para aceitar aprioristicamente decisões desde que dentro de certos limites, o que ocorre por uma causa psicológica consistente numa troca de obediência em face de participação democrática como resultado de mecanismos sociais diversos.

Desse modo as decisões decorrentes de procedimentos juridicamente regulados são tomadas como premissas para a prática de condutas deslocando o foco, que sai do acerto da decisão (convicção) e vai para divisão da responsabilidade pela decisão entre diversos agentes e para a diluição dessa responsabilidade mediante o exercício de papéis institucionalizados (Bachur, 2020, p. 20).

Assim, a análise de Luhmann, que é lúcida e crítica, resulta na constatação de que “A ‘aceitação’, em Luhmann, ocorre ‘por quaisquer motivos’, sem que o motivo subjacente seja determinante na legitimação da decisão” (Bachur, 2020, p. 21). E essa obediência que resulta de uma solidariedade comunicativa gerada pela dominação que é assegurada pela institucionalização dos papéis sociais (Bachur, 2020, p. 23).

Tal análise, sofisticada, não é propositiva, mas crítica. Ele expõe as fragilidades do sistema e, como visto, sugere genericamente caminhos, mas não fornece uma resposta definitiva, ao contrário, conclui Bachur (2020, p. 25): “Fica, portanto, em aberto quais os mecanismos capazes de operar a legitimação política do ponto de vista do convencimento individual”.

Ainda no voto do ministro Lewandowski, ele destaca seu entendimento no sentido de que a negociação coletiva precisa ser materialmente concreta e de resultados, fazendo remissão à sustentação oral do advogado da CUT, que afirmara diante da tribuna que a negociação coletiva possui como elemento inafastável a discriminação das concessões mútuas (Brasil, 2022a, 128-129).

Ou seja, a linha argumentativa adotada pelo referido ministro, admite a interpretação de que, ainda que não haja um desfecho consensual, não há negociação se uma das partes apenas aguarda a outra ceder em seus direitos (titularidade e extensão) ou pretensões. Poderíamos acrescentar, é necessário negociar de boa-fé. A negociação meramente aparente, que não busca o consenso e não envida esforços neste sentido, ela simplesmente não se presta ao fim social da negociação coletiva, e como nenhum instituto jurídico é um fim em si mesmo, e quando se presta à simulação, merece anulabilidade, isto quando não acarreta ilicitude, nos termos do Art. 187 do CC/02 (Brasil, 2002a).

Na análise do inteiro teor do Acórdão do julgamento do Tema 638 de Repercussão Geral do STF, após o voto do Ministro Lewandowski, encontra-se o voto da Ministra Rosa Weber, que logo em seu relatório, chama a atenção para os argumentos das partes contrapostas naquela relação jurídica processual. O polo que defende os direitos obreiros

almeja uma decisão que contemple o direito comparado, ressaltando a necessidade de universalização das medidas que combatem a globalização da ganância, levada a efeito por intermédio da difusão do ideário neoliberal (Brasil, 2022a, p. 139).

E, de outra banda, o polo empresarial, que defende os interesses empresariais, e em certa medida os interesses do capital, além de argumentarem em favor de um poder de gestão da empresa mais amplo, e infenso à intervenção estatal e da ausência de responsabilidade social pela dispensa em massa fundamentada na legalidade estrita e na sobrevivência da empresa, chama a atenção a argumentação contra a jurisprudência trabalhista, sob o argumento de que esta etária a invadir a competência do legislador e do STF, ocorre que o STF se posicionou pela interpretação favorável à necessidade da intervenção sindical diante da dispensa em massa (Brasil, 2022a, p. 139-140).

Outro ponto de extrema relevância presente no voto da Ministra Rosa Weber é aquele identificado como premissa (questões prévias) no ponto “11”, no qual, apesar das discussões a respeito da aplicação prospectiva da tese a ser fixada no precedente em análise, há parametrização do objeto a que se refere a demanda no plano fático à luz da norma vigente ao tempo do referido fato. Ou seja, ao destacar que a dispensa em massa ocorreu no início de 2009 e que o acórdão recorrido foi proferido em 10.08.2009, afasta de sua apreciação a análise acerca da constitucionalidade do Art. 477-A da CLT, que foi promulgado em 2017, com vigência a partir de 11.11.2017 (Brasil, 2022a, p. 139-142).

Na sequência, a ministra destaca que não se aplica ao caso a discussão objeto da ADI 1.625 acerca da Convenção 158 da OIT, porém, em obter dictum (mas que é relevante para a presente análise) destaca que para a ministra, as normas ali constantes teriam natureza programática (inclusive a própria convenção prevê a submissão de sua eficácia às medidas adicionais dos Estados-membros), demandando regulamentação por lei complementar nos termos da CF/88 e que a denúncia da Convenção. 158 pelo Presidente da República (Decreto nº 2.100/1996) seria formalmente nulo por ausência de prévia aprovação pelo Congresso Nacional (CF, Arts. 49, I, e 84, VIII) (Brasil, 2022b, p. 142-143).

Ao adentrar no mérito, a ministra Rosa Weber conceitua dispensa coletiva e dispensa plúrima a partir das lições clássicas de Orlando Gomes e faz referência ao Artigo 477-A da CLT como sendo o primeiro dispositivo legal a disciplinar a dispensa coletiva na ordem jurídica brasileira. Tal circunstância, segundo a ministra, não impede a aplicabilidade direta das normas fundamentais pelo Poder Judiciário com vistas a atender aos fins sociais e às

exigências do bem comum, inclusive mediante o atendimento do disposto no procedimento integrativo constante do Art. 8º da CLT (Brasil, 2022a, p. 145).

A ministra afirma que “ Nada justifica a aplicação, pura e simples, do regime pertinente às dispensas individuais no contexto próprio à extinção coletiva de contratos de trabalho” (Brasil, 2022a, p. 145) e endossa a decisão do TST no que define a dispensa coletiva como fenômeno a ser regulado pelo Direito Coletivo do Trabalho vindo a reconhecer em seu voto a indispensabilidade da intervenção sindical nas negociações submetidas a esse sub-ramo do Direito (Brasil, 2022a, p. 145), citando o Art. 8º, VI da CF/88.

Após elencar uma variedade de dispositivos constitucionais inerentes ao Direito Coletivo do Trabalho, a ministra aponta o prestígio que a negociação coletiva possui no plano constitucional, que está em consonância com os valores e diretrizes informadores do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos e incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro (Brasil, 2022a, p. 147) e que fomentam a utilização da negociação coletiva, ao menos no plano teórico-normativo, sua adequação, estímulo e direcionamento à solução pacífica dos conflitos (Convenções 98 e 154 da OIT, bem como, Recomendação 163 da OIT).

Com supedâneo em todo o arcabouço normativo elencado, a Ministra Rosa Weber reconhece a obrigatoriedade da intervenção sindical como forma de assegurar o equilíbrio das relações trabalhistas e sua aplicação às dispensas em massa (Brasil, 2022a, p. 148-149). Em continuidade, a ministra aborda profundamente os aspectos atinentes à boa-fé objetiva, que por ser objeto de abordagem em separado, não será repetido no presente capítulo.

A Ministra Rosa Weber destacou a mais completa indiferença das empresas Embraer e ELEB (recorrentes) com relação à dignidade dos trabalhadores e de suas famílias, bem como com relação à boa-fé objetiva para com o sindicato obreiro pertinente (Brasil, 2022a, p. 152). O que, nas palavras da Ministra, foi efetivado em linhas gerais pela decisão do TRT-15, confirmada pelo TST. Dessa maneira, o voto declara abusiva a dispensa coletiva e razoáveis e proporcionais as medidas impostas pelo judiciário trabalhista (Brasil, 2022a, p. 153).

Quanto à efetivação dos Princípios Fundamentais constantes do Título I da CF/88, isso pressupõe o trabalho digno como vetor da Justiça Social e, a Dignidade da Pessoa Humana, como instrumento de estabelecimento dos direitos da personalidade com vistas ao desenvolvimento da personalidade. Tais centros axiológico-normativos possuem o trabalho como elemento indissociável das variadas dimensões do ser humano, constituindo dever fundamental do Estado efetivá-los (Brasil, 2022a, p. 154-155).

Isso culmina por elevar a valorização do trabalho ao patamar de valor-fonte de todo o ordenamento jurídico. Essa centralidade do trabalho digno que aponta para o norte do desenvolvimento nacional e da preservação dos direitos dos trabalhadores trazendo ceticismo em face das diretrizes neoliberais, com vistas a repelir intervenções de grupos econômicos na definição do papel do Estado, prevenindo-nos em face do maniqueísmo na análise da relação entre Trabalho e Capital no contexto da luta de classes, como se extrai do voto em tela (Brasil, 2022a, p. 154-155).

O voto também lança luzes sobre a autocontenção, ou seja, sobre a prevenção da ilusão de que o Direito possa solucionar sozinho os problemas da sociedade. Pois deve-se prevenir imobilidade social e outros aspectos negativos decorrentes de uma eventual lida inadequada com a nova realidade social lançando mão (de maneira consciente) dos instrumentos jurídicos disponíveis para transpor a dicotomia entre crescimento econômico e desenvolvimento social e firmando o entendimento de que o trabalho digno não obsta o progresso econômico e o desenvolvimento nacional (Brasil, 2022a, p. 156). A ministra defende uma visão de complementaridade entre capital e trabalho.

Em sua conclusão, ela destaca a boa-fé objetiva e seu dever consectário de mitigar o dano, a abusividade da dispensa coletiva levada a efeito pelas recorrentes e a razoabilidade das pedidas adotadas no acórdão recorrido. Nessa toada, votou por negar provimento ao recurso das empresas irrisignadas (Brasil, 2022a, p. 158-159). Diante do voto da ministra, o Ministro Luís Barroso reafirmou seu posicionamento, em diálogo com tal voto, destacando que trata-se de sentar à mesa de negociação e agir com boa-fé objetiva e, que, diante da impossibilidade de acordo, prevalecerá a decisão do empregador e sua liberdade de iniciativa (Brasil, 2022a, p. 160).

Nesse contexto, instaura-se deliberação mais dinâmica e dialogada acerca dos exatos termos que deveriam constar da tese a ser aprovada pela corte. O Ministro Barroso se predispõe a alterar a tese para substituir a expressão “intervenção sindical” por “negociação sindical” mediante sugestão do min. Lewandowski; A ministra Carmem Lúcia se colocou na posição de aderente à tese com tal alteração. O Ministro Fachin destacou que sua tese na abertura da divergência foi a mesma já fixada pelo TST (“a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”), mas que também aderiria à alteração na tese proposta pelo ministro Barroso em razão da sugestão dada pelo mon. Lewandowski (Brasil, 2022a, p. 161-163).

Naquele momento do julgamento, a deliberação ganha contornos relevantes para a compreensão da *ratio decidendi* e, portanto, para a adequada compreensão do precedente a partir da interpretação mais precisa do quanto decidido. Trata-se da manutenção dos votos dos ministros Dias Toffoli e Alexandre de Moraes em conformidade com a redação originária da tese proposta pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

Quando o Ministro Barroso aceita incluir a expressão negociação coletiva na tese que estava ganhando a adesão dos ministros da suprema corte, surge um fundado receio de que diante da insatisfação de qualquer das partes com o resultado da negociação, haja o ajuizamento de dissídio coletivo, gerando mais demandas a serem solucionadas pelo judiciário em razão da previsão do Art. 114, §§ 1º e 2º da CF, que faculta às partes eleger arbitro diante da negociação coletiva frustrada e prevê o cabimento de dissídio coletivo diante da recusa à negociação, exigindo o comum acordo entre as partes quando o dissídio for de natureza econômica (Brasil, 1988).

No momento em que os ministros Dias Toffoli e Alexandre de Moraes chamam a atenção para a intenção de evitar o ajuizamento de dissídios coletivos, os ministros Lewandowski, Carmen Lúcia e Luís Barroso reiteram que a intenção é enfatizar a necessidade de dialogar. É importante verificar a ordem das falas, pois primeiro o Min. Alexandre diz: “**Nesse caso, vamos gerar outro procedimento.**” E, entre diálogos, Barroso responde: “Eu me refiro a sentar-se à mesa de negociação.” E ouve do Min. Alexandre “ - Ministro Luís Roberto, se não houver a negociação, haverá o dissídio.” E com clareza e literalidade no sentido de que seria outro procedimento, que não o instituto da negociação coletiva, a Min. Carmen Lúcia diz: “Não no sentido de se dar o instrumento instituto da negociação com a abertura de dissídio.” E o Min. Barroso reitera que não faz parte da *ratio decidendi* a consequência do ajuizamento de dissídio (Brasil, 2022a, p. 163-165).

Em outras palavras, o Min. Barroso deseja destituir a obrigação de negociar da exigibilidade no que toca à formalização de um contrato coletivo (Convenção ou Acordo Coletivo) que seria substituído por uma Sentença normativa quando do exercício da pretensão perante o judiciário em razão do inadimplemento dessa obrigação exigível. A única obrigação fixada no precedente seria a de negociar. O diálogo. E sua inobservância, ao que tudo indica, ensejaria nulidade (Brasil, 2022a, p. 166).

O ministro Gilmar Mendes aduz que seria apenas uma intervenção do sindicato, não uma negociação coletiva. E a Ministra Rosa Weber, presidindo a sessão, endossa a preocupação do Min. Lewandowski com a primazia da realidade, pois se a presença do

sindicato ocorre sem possibilidade de modificação do que está decidido e ocorre apenas para cumprir um formalismo, não há qualquer sentido em assim decidir, diz a ministra (Brasil, 2022a, p. 166-167).

A Ministra Rosa Weber também afirma que na situação dos autos, não havendo a negociação, haveria a necessidade do comum acordo para o ajuizamento do dissídio coletivo, e indaga, “não é?”, obtendo a resposta do Min. Lewandowski: “sim.”, que entre falas, complementa que sem o comum acordo, não haverá dissídio coletivo (Brasil, 2022a, p. 167).

Posteriormente, o Min. Lewandowski relembra a corte das mazelas oriundas da dispensa em massa, ressalta a importância de usar a linguagem da Constituição, e vê o dissídio (condicionado ao comum acordo) como consequência natural. O Min. Gilmar Mendes externaliza seu receio com o excesso de burocracia, que tem como alternativa um bloqueio no processo decisório tendente ao desaparecimento da empresa e ao surgimento de um problema de empregabilidade nos moldes do historicamente ocorrido na Alemanha Oriental (Brasil, 2022a, p. 168).

O Min. Nunes Marques afirma que seu voto, com o relator, e não com a divergência aberta pelo Min. Fachin, estaria mais próximo da redação originária da tese do Min. Barroso do que da tese com a proposta de alteração mediante inclusão da expressão “negociação coletiva”. Neste aceno, ele destaca a proximidade do seu raciocínio com o caráter procedimental constante da tese do Min. Barroso, e ouve deste Ministro: “Acho o caráter procedimental indispensável, é um ponto central.”. De modo que o Ministro Nunes Marques registra que, na tese, acompanha o Min Luís Barroso (Brasil, 2022a, p. 171).

O Ministro André Mendonça reitera as preocupações dos demais ministros com as consequências das dispensas em massa e com a necessidade de incidência da boa-fé objetiva enquanto parâmetro de procedimentalização, nessa toada, adere à tese inicial do Min. Barroso, por entender que tal procedimentalização concomitantemente com a abertura do diálogo já seriam suficientes para o encaminhamento da questão, sendo que diante do impasse, prevaleceriam as medidas demissionais (Brasil, 2022a, p. 172).

Mas quais as características essenciais à negociação coletiva. Poderia o STF separar o diálogo no plano do Direito Coletivo do Trabalho da Negociação Coletiva em si. Diz-se isso porque os multicitados incisos III e VI do Art. 8º da CF/88 tratam da participação do sindicato nas negociações coletivas, não de intervenção sindical. Ademais, a própria CLT afirma que os entes coletivos têm obrigação de negociar, e a recusa à negociação, é considerada conduta

antissindical, conforme se extrai do Art. 616 da CLT prevê a convocação administrativa compulsória e a legitimidade e interesse para o ajuizamento de dissídio coletivo diante da manutenção da recusa.

Apesar disso, em observação, tratando da incumbência de redação do acórdão e, portanto, em *obiter dictum*, o Min Toffoli destaca que votaram pelo caráter de negociação coletiva do “diálogo” entre os sujeitos de Direito Coletivo do Trabalho no âmbito das dispensas em massa os Ministros Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, que restaram vencidos nesse ponto (Brasil, 2022a, p. 173).

Também em observação, o Min. Ricardo Lewandowski solicitou a consignação de que restou vencido em sua proposta de troca do termo “intervenção sindical” por “negociação coletiva”, nos termos do que havia decidido o TST (apenas para casos futuros), entendendo que seria um termo mais técnico, posto que consta do texto constitucional (Brasil, 2022a, p. 175). Nesse mesmo ponto da substituição das referidas expressões, também restaram vencidos o Ministro Edson Fachin e a Ministra Rosa Weber.

Para que possamos compreender a repercussão do tema 638 de repercussão geral nas instâncias inferiores do Poder Judiciário e na sociedade, precisaremos analisar como as diversas cortes trabalhistas brasileiras estão aplicando o entendimento constante do inteiro teor do julgamento e consubstanciado na tese aprovada por maioria.

Destaca-se que, apesar das vantagens da aplicação de um sistema de precedentes, que vem sendo aprimorado pelo legislador brasileiro, na tradição do civil law, há sempre o risco de que o precedente não seja adequadamente compreendido e conseqüentemente erroneamente aplicado ou de que sua utilização seja incompleta, pautada apenas na ementa e na tese aprovada.

Mas na pesquisa científica a consulta e análise das fontes diretas se impõem. Pelo que analisaremos, no momento oportuno, algumas decisões representativas da repercussão do julgamento da corte suprema que detalhamos nas linhas anteriores do presente capítulo de tese de doutoramento.

#### 4.7 APLICABILIDADE DA CONVENÇÃO 158 DA OIT

A convenção 158 da OIT, aprovada em 1982 em Genebra (Suíça), entrou em vigor internacional em 23/11/1985 e foi submetida ao Congresso Nacional Brasileiro em

28/06/1988. Apenas seis anos depois de iniciado o processo de ratificação, ela passou a vigor no território brasileiro em 05/01/1996. Ocorre que a vigência interna dessa Convenção da OIT não seria longeva, pois poucos meses depois de iniciar sua vigência, a referida convenção seria objeto de denúncia pelo governo brasileiro em ato do Presidente da República, à época, Fernando Henrique Cardoso. Porém, apesar da força do regime presidencialista no Brasil, a vigência de uma convenção ratificada pelo legislativo poderia ser uma opção do Presidente da República?

Para uma análise ampla acerca do status jurídico da Convenção 158 (OIT, 1982) e da prevalência do Decreto n. 1.855, de 10.04.1996 ou sua revogação mediante a invalidade ou validade do Decreto 2.100 de 20/12/1996, é necessário ter em mente que o as sucessivas decisões políticas que retratam o processo de internalização e denúncia da Convenção 158 da OIT se dão no contexto de um o ordenamento jurídico que vem se modificando, como um organismo vivo, mediante Emendas Constitucionais e Interpretações com eficácia *erga omnes* em decisões da Suprema Corte Brasileira. Essa dimensão da análise impele o pesquisador a se debruçar especificamente sobre o período de meados do século XX até a contemporaneidade em razão de sua pertinência.

Destaca-se que para observar a evolução da jurisprudência acerca do status normativo dos tratados internacionais durante esse período, deve-se ter em mente que ocorre o advento de uma nova ordem constitucional em 05 de outubro de 1988 e que a EC. 45/04 exerce papel relevante ao tratar do status jurídico dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos (Art. 5º, §3º da CF/88), repercutindo no julgamento do RE 466.343/SP, da relatoria do Min. Cesar Peluso (12/03/2008) com a Eficácia Paralisante decorrente do status supralegal desses tratados sobre Direitos Humanos que não obtiveram aprovação por quórum qualificado no Congresso Nacional.

Antes de se pensar em controle de convencionalidade em razão do status normativo dos tratados sobre direitos humanos, a evolução do tema na jurisprudência desenvolve a reflexão acerca do controle de constitucionalidade dos tratados internacionais. Nessa toada, relevante o breve esboço histórico relatado por Martins (2008, p. 1-2) acerca do entendimento da Suprema corte em 1951 pelo primado do direito internacional sobre o direito infraconstitucional nacional firmado na Apelação Cível 9.587 de 1951 e pelo status de lei ordinária dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, conforme RE 80.004/SE de 1977.

A evolução histórica do tema contempla minimamente a ratificação da Convenção 158 da OIT, que passa a entrar em vigor no âmbito interno brasileiro em 10/04/1996, mas que por

liminar concedida parcialmente em **04/09/1997** pelo STF no âmbito da ADI 1.480/DF deveria ser interpretada, conforme a Constituição, segundo o STF como norma programática, demandando ulterior intermediação legislativa para produção de efeitos internos, sob pena de violar a ordem constitucional – que exige Lei complementar para tratar da dispensa arbitrária e opta pela indenização compensatória diante de sua ocorrência (Brasil, 1997, p. 3) – e infraconstitucional diante de eventual inobservância do paradigma interpretativo fixado pelo STF nos termos do voto do Relator Min. Celso de Melo, especialmente no que toca o teor dos artigos 4º e 10.

Cronologicamente posterior à liminar parcialmente concedida é a denúncia da referida convenção pretensamente nos termos do Art. 17 n.1 da própria Convenção 158 da OIT (procedimento usualmente previsto nas convenções da OIT) e que resultou no Decreto n. 2.100, de 20.12.1996, prevendo a cessação da vigência interna da Convenção 158 da OIT no Brasil a partir de 20 de novembro de 1997. Tal decreto viria a resultar na extinção sem resolução do mérito da ADI 1.480/DF em 2001 por decisão do relator Min. Celso de Melo (Martins, 2008, p. 3).

Ressalta-se que a literalidade do Artigo 17 da Convenção 158 da OIT, à semelhança do que ocorre em diversas outras convenções no âmbito do mesmo organismo internacional componente do sistema da ONU, prevê que a denúncia deve ser realizada ao final de um período de 10 anos. Ou seja, há uma janela para a realização da denúncia a cada 10 anos, entretanto, a denúncia consubstanciada no Decreto n. 2.100/96 ocorreu com menos de um ano do início da vigência, posto que o Decreto 1.855/96 é expresso ao apontar o início da vigência interna da Convenção 158 no Brasil como sendo em 05/01/1996. Desse modo, não parece ter sido cumprida a literalidade do procedimento de denúncia pertinente.

Ocorre que, diante dos fortes interesses que sempre subjazem às relações trabalhistas (como já notava Karl Marx em suas lições sobre a relação Capital-trabalho), a denúncia da referida convenção também gerou irresignação, especialmente diante das inconsistências notadas no referido procedimento. É o que vem a lume a partir do ajuizamento da ADI 1.625/DF pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG e pela Central Única dos Trabalhadores – CUT, que ficou sob a relatoria do Min. Maurício Corrêa.

Do espelho de tramitação do processo no site do STF, dentre inúmeros pedidos de vista, pode-se extrair que Os Ministros Corrêa e Aires Brito votaram pela procedência da ADI 1.625/DF (Brasil, 2023b), considerando necessária a atuação do Congresso Nacional tanto na ratificação dos tratados internacionais quanto na revogação referendando o ato de denúncia.

Desobedecendo a sequência cronológica dos votos, mas agrupando-os conforme o teor de seus dispositivos, os Ministros Nelson Jobin, Teori Zavaski, Dias Toffoli e Gilmar Mendes votaram pela improcedência da ADI, entendendo ser desnecessária a atuação do CN para o ato de denúncia. E os Ministros Joaquim Barbosa, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski votaram pela procedência da ADI, considerando não apenas o princípio da simetria – como bem destacam Lacerda e do Vale (2023) –, mas também em razão do status normativos desses tratados, posto que o presidente não possui a atribuição constitucional de revogar leis ordinárias.

Diante desse panorama jurisprudencial, a ADI 1.480/DF ajuizada pela CNT e pela CNI<sup>47</sup> em 25/09/1996, embora tenha sido extinta sem resolução do mérito por perda do objeto em razão da denúncia consubstanciada no Decreto n. 2.100, de 20.12.1996 (destinada a produzir efeitos a partir de 20 de novembro de 1997) a discussão iniciada nesta ação permanece viva, sendo posta de lado momentaneamente ainda que suscitados nas razões recursais perante o STF no âmbito do tema 638 de Repercussão Geral. A provocação de décadas ao STF sobre o tema veio a ser julgada em 16/06/2023 com repercussão no julgamento da ADI 1.625/DF.

A aplicabilidade da Convenção 158 da OIT, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 68, de 16.09.1992, do Congresso Nacional, ratificada em 05 de janeiro de 1995 e promulgada apenas em Decreto n. 1.855, de 10.04.1996<sup>48</sup> é tema altamente controverso entre os juristas brasileiros, não obstante pouco abordado doutrinariamente. A cizânia pode ser melhor analisada a partir das decisões do STF no âmbito da ADI 1.625 (Brasil, 2023b), que apesar de ajuizada em 1997, apenas em 2023 teve seu julgamento finalizado pelo STF. E a partir do inteiro teor do acórdão que julgou a ADC 39 (Brasil, 2023a), transitada em julgado em 28/08/2023, é que se pode extrair atualmente a decisão sobre a validade do decreto de denúncia, como a partir de então a doutrina passou a comentar mais sobre o tema.

Ambas as ações de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade se debruçam sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da denúncia realizada pelo Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, por meio do Decreto n. 2.100, de 20.12.1996. Mostrou-se forte o argumento da inconstitucionalidade da denúncia em razão da inobservância do princípio da simetria (ou paralelismo das formas), mas a decisão pela

---

<sup>47</sup> Confederação Nacional do Transporte – CNT e Confederação Nacional da Indústria – CNI.

<sup>48</sup> Cf. Redação e dados constantes do sítio da OIT.

manutenção da validade da denúncia unilateral consubstanciada no Decreto n. 2.100/96, denúncia à revelia de qualquer aprovação pelo Congresso Nacional, foi adotada a despeito da inconstitucionalidade formal,

Os autores (Contag) da ADI 1.625 argumentaram que seria da competência do Congresso aprovar tratados normativos e que seria imprescindível a deliberação a respeito da denúncia realizada unilateralmente. A modulação dos efeitos temporais manteve a validade de todas as denúncias realizadas antes do referido julgamento, e nada mudou na regulamentação aplicável às dispensas imotivadas trabalhistas a partir da Convenção 158 da OIT, afastando repercussões do julgamento na análise dos efeitos jurídicos decorrentes da dispensa coletiva.

No julgamento da ADI 1.625, ao analisar o andamento processual, a priori, encontramos nove votos proferidos e comentados supra. Quatro pela improcedência (Nelson Jobin, Teori Zavascki, Dias Toffoli e Gilmar Mendes), três pela procedência (Joaquim Barbosa, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski) constando decisão e suspensão do julgamento datada de 02/06/2023<sup>49</sup>.

Ocorre que, mesmo diante de um eventual julgamento pela procedência da ADI 1.625, considerando inválida a denúncia da convenção 158 da OIT e reconhecendo sua vigência no território nacional brasileiro, a vedação à dispensa injustificada/arbitrária, com necessidade de motivação e direito de recurso em face do ato resilitório, para parte da doutrina, encontraria óbice no entendimento anquilosado das normas não autoaplicáveis, demandando intermediação legislativa infraconstitucional (Nabeshima, 2023), nos moldes da liminar concedida no bojo da ADI 1.480-3/DF, extinta sem resolução do mérito pelo advento do Decreto nº 2.100/1996 cuja legalidade é objeto de análise.

A discussão entrou na pauta de julgamento do STF de 2023 e foi objeto de julgamento, no mesmo ano em que se discutiu o regime jurídico aplicável às dispensas coletivas que, embora possuam natureza jurídica diversa das dispensas individuais, podem ser agrupadas

---

<sup>49</sup> “[...]do voto do Ministro André Mendonça, que acompanhava o voto do Ministro Dias Toffoli; e do voto do Ministro Nunes Marques, que acompanhava a divergência do Ministro Teori Zavascki, na linha do quanto ponderado pelos Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, ou seja, de que a denúncia, pelo Presidente da República, de tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional exige a sua aprovação para a produção de efeitos no ordenamento jurídico interno, possuindo efeitos prospectivos a partir da publicação da ata de julgamento desta ação, preservada a eficácia das denúncias em período anterior a tal data, o julgamento foi suspenso para conclusão em sessão presencial. Não votaram, no mérito, os Ministros Luiz Fux, Roberto Barroso, Cármen Lúcia, Edson Fachin e Alexandre de Moraes, por sucederem, respectivamente, os Ministros Maurício Corrêa (Relator), Ayres Britto, Nelson Jobin, Joaquim Barbosa e Teori Zavascki. Plenário, Sessão Virtual de 19.5.2023 a 26.5.2023.” (Brasil, 2023b).

com outras modalidades de ruptura de contratos de emprego no sistema jurídico-econômico brasileiro. Essa argumentação foi suscitada no bojo do julgamento do Tema 638 de Repercussão Geral (pelas partes e pelo MPT), embora afastada da discussão pelo STF.

Essa Convenção da OIT é pouco representativa em razão da baixa adesão, pois apenas 36 dos 187 países membros da OIT ratificaram a Convenção 158 da OIT segundo Nabeshima (v.g. Portugal, Espanha, França, Suécia e Venezuela) sendo considerada onerosa, burocrática e restritiva do poder diretivo a ponto de ser prejudicial à economia nacional na visão dos empregadores (Brasil, 2023b).

Não se pode afirmar que se deve à pressão social entorno do tema, mas a validade do Decreto 2.100/1996 de denúncia da Convenção 158 ensejou um dos julgamentos mais longos que já tramitaram no supremo, se não o mais longo da atualidade, conforme destacou doutrinador Edilton Meireles (2022) ao tratar da pendência de julgamento da ADI 1.625.

A ADI 1.625 ajuizada em 1997 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (Contag) e pela Central Única dos Trabalhadores (CUT) foi julgada no mesmo sentido da decisão já publicada da ADC 39, refletindo uma estabilidade no entendimento prevalecente no STF, não obstante os votos tenham sido proferidos por ministros diferentes (alguns, já aposentados) em razão do longo tempo de tramitação da ADI.

Inúmeras publicações de artigos científicos e de notícias jurídicas, apontam esse diálogo entre o objeto da ADI 1.625 e da ADC 39. Essa análise contextual é de extrema relevância para compreender o julgamento de uma questão deligada do ponto de vista dos interesses econômicos em questão. Mas é do ponto de vista jurídico que mesmo uma simples informação assume o papel de premissa para a conclusão de que há um empenho da côrte para manter a estabilidade e uniformidade do entendimento acerca da validade do Decreto 2.100 e o afastamento da vigência e aplicabilidade direta da Convenção 158 da OIT.

Por isso, mesmo não sendo um dado sociológico de origem acadêmica ou proveniente de fonte oficial pautada pelo prestígio do institucionalismo transcendental (Sen, 2011) relevante destacar a informação de que o Min. Gilmar Mendes Haveria pedido vista na ADI 1.625 e na ADC 39 e as devolvido ao tribunal em momentos diferentes com o fito de assegurar a uniformidade de entendimento da côrte em ambos os julgamentos, aguardando manifestações dos Ministros André Mendonça e Nunes Marques para certificar-se do sentido do julgamento a ser proferido (Maia, 2023).

Desde já, por apreço à rápida compreensão do leitor, opta-se por informar que a decisão prevalecente foi no sentido de que a denúncia dos tratados internacionais pelo Presidente da República não prescinde de aprovação pelo Congresso Nacional. Ressaltando a necessidade do Congresso regulamentar tal procedimento e ressaltando as denúncias realizadas até a publicação da decisão e comento, resguardando os efeitos das denúncias até então realizadas mediante o uso da técnica de modulação dos efeitos da decisão, proposta nos votos dos Min. Teori Zavascki e Dias Toffoli.

Considerando o diálogo entre o objeto da ADI 1.480-3/DF, extinta sem resolução do mérito, da ADI 1.625/DF e da ADC 39/DF, a ementa desta última, na segunda lauda do inteiro teor da decisão, já faz referência a dois precedentes do Tribunal Pleno do STF de relatoria do Min. Nelson Jobin, a ADI n. 5/DF e a ADI nº 1.800/DF, no sentido de que “A existência de uma ação direta de inconstitucionalidade com o mesmo objeto não impede o conhecimento da ação declaratória de constitucionalidade” (Brasil, 2023a).

Ainda na ementa, consta remissão à multicitada ADI nº 1.480/DF-MC, de relatoria do Min. Celso de Melo, para destacar o caráter democrático da conjugação de vontades decorrente da convergência das competências atribuídas à presidência da República e ao Congresso Nacional na aprovação dos tratados internacionais de maneira democrática e, conseqüentemente, legítima<sup>50</sup> (Brasil, 2023a).

A ementa em questão assume um caráter pedagógico ao compilar os precedentes da suprema corte acerca do status normativo dos tratados internacionais, inclusive sobre direitos humanos e externar os critérios de solução das antinomias (cronologia e especialidade) entre normas oriundas de tratados internacionais internalizados pela ordem jurídica brasileira. Dessa forma destaca que, regra geral, tratados internacionais possuem status normativo de lei ordinária, ressalvados aqueles sobre direitos humanos, que podem ter status de emenda constitucional acaso aprovados com o quórum desta (Art. 5º, §3º da CF/88) ou status supralegal, se eventualmente não forem aprovados pelo referido quórum (Brasil, 2023a).

A presente pesquisa, correndo o risco de cometer excessos ao referenciar inúmeras vezes os precedentes que ocupam o cerne do objeto da presente tese, opta por se debruçar sobre o inteiro teor dos acórdãos mais recentes sobre o tema em busca do cumprimento das diretrizes delineadas por Humberto Eco em sua obra “Como se faz uma tese”, pois ente de

---

<sup>50</sup> Novamente, nota-se uma perspectiva institucionalista transcendental elucidada por Amartya Sen.

que os precedentes vinculantes e com efeitos *erga omnes* constituem fonte de primeira mão. Por isso, sem desprezar os comentários da pesquisa científica, a análise sociológica e econômica, as perspectivas ideológicas subjacentes e o contexto histórico e noticiário pertinentes, mantém-se o foco na análise jurídica, sem prejuízo da interdisciplinaridade.

Destaca-se a partir da análise dos precedentes a noção de interdisciplinaridade menos festejada, pois talvez bastante tímida para a contemporaneidade, mas que não se perde de vista a partir do referencial teórico escolhido, as lições de Hans Kelsen. Esse, em sua “teoria Pura do Direito” (Kelsen, 2006), não deixa escapar a perspectiva de que a estamos a transcender nesta tese a análise mais pura metodologicamente do Direito, voltada para a lógica jurídica e para a análise dogmático-normativa positivista que a ambição de tornar o Direito uma ciência dura poderia tornar sedutora.

Destaca-se que, para Kelsen (2006), analisar a pesquisa jurídica a partir de uma metodologia pura, implica reconhecer que a relativa ausência de controle e previsibilidade das decisões judiciais do ponto de vista científico (positivista) permite ao Mestre de Viena nos descrever as decisões judiciais como um fenômeno de política judiciária. Portanto, a análise mais restrita dos precedentes no presente capítulo, embora voltada para as fontes de primeira mão (na perspectiva de Umberto Eco), é uma análise dotada de interdisciplinaridade intrínseca (do ponto de vista de Kelsen<sup>51</sup>).

Como justificado, a ênfase no uso de referências de primeira mão, concomitantemente à consulta das fontes de segunda mão, permite ressaltar elementos que passaram despercebidos na análise de outros autores, favorecendo à originalidade que fica demonstrada na tese pela exigência de negociação coletiva para a validade da dispensa coletiva (ainda que sem chegar a pactuar o contrato coletivo) e do uso do dever de acomodação razoável de maneira analógica como parâmetro de aferição da efetividade do processo dialético de negociação a partir da demonstração de um esforço razoável. Nessa toada, destaca-se que o STF considerou importante, pois fez constar da ementa do acórdão de julgamento da ADC 39/DF, que a denúncia do tratado, acrescentamos, ainda que por vontade exclusiva do Presidente da República (pois é o que se discute) produz efeitos jurídicos no âmbito externo, porém, a exclusão das normas convencionais do âmbito interno da ordem jurídica, demandam a anuência do Congresso Nacional (Brasil, 2023a).

---

<sup>51</sup> Kelsen, que de maneira respeitável por um lado, porém lamentável por outro, a considerava a interdisciplinaridade inadequada para um jurista que pretendesse adotar a postura de um “homem de ciência”, devendo se ater ao objeto do Direito, afastando-se do objeto de estudo de outros ramos científicos.

Por isso a tese jurídica fixada, faz referência expressa à ordem jurídica interna (embora pouco se comente), pelo que se faz mister a citação literal da tese prevalecente, qual seja: “a denúncia pelo Presidente da República de tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, para que produza efeitos **no ordenamento jurídico interno**, não prescinde da sua aprovação pelo Congresso” (Brasil, 2023a, grifo nosso).

Ressalta-se que, como não poderia deixar de ser, a tese vem seguida da modulação dos efeitos temporais da decisão. A modulação foi no sentido de resguardar a produção dos efeitos das denúncias realizadas antes da publicação da decisão, portanto, ressalva o Decreto 2.100/1996 realizado pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, considerando-o válido (conforme a constituição) e lhe atribuindo o condão de afastar a vigência da Convenção 158 da OIT tanto no âmbito externo quanto interno.

O Julgamento procedente da ADC 39/DF ainda encerra sua ementa com um literal “apelo” ao Congresso Nacional para que regulamente o procedimento de denúncia dos tratados internacionais prevendo sua própria chancela como condição para a produção de efeitos jurídicos regulares da denúncia na ordem jurídica interna brasileira, de modo a afastar a vigência da norma a que se refira. Tal apelo é justificado no acórdão em razão de imperativos decorrentes do apreço da ordem jurídica pelos valores (em forma normativa de princípios) da democracia e da legalidade (Brasil, 2023a).

O Ministro Dias Toffoli, ao relatar a ADC 39/DF destaca que as Confederações autoras referida ADC alegam que ela possui o mesmo objeto da ADI 1.625/DF e requerem o apensamento desta à ADC 39/DF, além da suspensão da ADI até o julgamento definitivo da ADC, ocorre que a Procuradoria Geral da República – PGR defendeu nos autos o julgamento conjunto, afirmando que ambas as ações de controle concentrado possuem exatamente o mesmo objeto e, opinou pela improcedência com fundamento no Art. 5º, §2º da CF, que impede o a supressão da norma oriunda de tratado internacional por ato unilateral do executivo (Brasil, 2023a). De outra banda, a Advocacia Geral da União – AGU se manifestou nos autos pela procedência da ADC 39/DF e a consequente constitucionalidade do Decreto nº 2.100/96 (Brasil, 2023a).

A ADC 39 iniciou sua tramitação sob a relatoria do Min. Luiz Fux, passando a Relatoria do Min. Dias Toffoli em setembro de 2020, que viria a proferir o voto prevalecente no

juízo da ADI, julgada procedente por maioria. No trâmite da ADC 39 foram ouvidas algumas entidades na condição de *Amici Curiae*<sup>52</sup>.

Destaca-se que não há intenção e aprofundar a presente pesquisa no âmbito do ramo do Direito Internacional, prevenindo qualquer possibilidade de fuga ao tema, entretanto, a referência entre o julgamento sobre a necessidade de negociação coletiva para a realização de dispensa coletiva (Tema 638) e o julgamento sobre a (in)constitucionalidade da denúncia da Convenção 158 da OIT é recíproca.

Ou seja, é uma via de mão dupla, pois se os recorrentes e o MPT no âmbito do controle difuso de constitucionalidade suscitaram a aplicabilidade da Convenção 158, na demanda de controle concentrado, a referência ao Tema 638 de Repercussão Geral ocorre de maneira intensa entre as laudas 18 e 23 do inteiro teor do Acórdão de julgamento da ADC 39 com a finalidade de demonstrar ausência de consenso judicial sobre o tema (Brasil, 2023a).

Às folhas 25-26 do inteiro teor do acórdão, o Ministro Toffoli registra no seu voto que restou verificada a regular produção de efeitos no plano internacional do exercício da faculdade prevista no artigo 17.1 da Convenção 158 da OIT de realização e denúncia mediante comunicação formal à OIT, que procedeu com o registro pertinente (Brasil, 2023a). Assim o Brasil se desobrigou perante a comunidade internacional, conforme consta do sítio da OIT.

A cizânia analisada na ADC 39/DF é chamada na doutrina internacionalista de *treaty-making power* para se referir aos pressupostos para a assunção de compromissos externos pelo Estado Brasileiro. Assim referenciada no acórdão de julgamento da ADC 39, a questão recebeu do relator uma análise mediante retrospectiva histórica a partir das Constituições Brasileiras para desaguar na CRFB/88, onde a interpretação concentra-se na adequada compatibilização do Art. 83, inciso VIII e do Art. 47, I da CF (Brasil, 2023a).

A partir do sistema constitucional brasileiro vigente, por se tratar de tema relacionado ao constitucional, o acórdão aborda a competência relativa à aprovação de tratados, destacando sua repartição entre o Presidente da República e o Congresso Nacional, na qual o primeiro celebra o tratado e o segundo fiscaliza com status de pressuposto para a produção de

---

<sup>52</sup> Foram ouvidos na condição de *amici curiae*: “a Central Única dos Trabalhadores (CUT), a Confederação Nacional da Indústria (CNI), a Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF), a Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais (FIEMG) e o Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania, da Universidade de Brasília (UnB). (Brasil, 2023a).

efeitos jurídicos pelo tratado no âmbito interno, enfatizando que a sujeição a referendo do Congresso Nacional não excepciona qualquer tipo de compromisso dessa necessidade (Brasil, 2023a).

Portanto, conforme a *ratio decidendi* do quanto aprovado pela maioria do plenário do STF, a partir de uma interpretação sistemática, não é relevante, para fins de aprovação ou denúncia, perscrutar se a convenção 158 da OIT acarretou encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (*strictu sensu*) (Brasil, 2023a). Esta perspectiva restrita (ou meramente patrimonial) seria limitada, pois “não há tratado internacional que não os imponha às partes, ainda que não pecuniários” (Rezek, 2013, p. 51).

Ao abordar o procedimento de maneira detalhada a partir da doutrina internacionalista abalizada, o plenário do STF destaca que a assunção desses compromissos internacionais não se dá por ato de uma autoridade isolada, mas por ato complexo<sup>53</sup> decorrente da conjugação das vontades do executivo e do legislativo, corolário do regime constitucional que se pretenda democrático, posto que o Legislativo é, por excelência, o Poder constitucionalmente legitimado a inovar na ordem jurídica interna (Brasil, 2023a).

Na decisão da ADC 39 o Supremo (por maioria) destaca que o controle político do Legislativo sobre o Executivo é manifestação do sistema de freios e contrapesos, do exercício compartilhado do poder nas democracias contemporâneas enquanto antítese do totalitarismo. E ainda destaca que é em homenagem ao princípio da legalidade que a exigência de manifestação do Congresso Nacional se faz inafastável para a criação de obrigações em conformidade com o processo legislativo, como referido na ADI nº 1.625 (Brasil, 2023b). Assim defino como pressuposto que: “[...] é de se assentar, de maneira inequívoca, que o tratado internacional firmado pelo presidente da República, enquanto representante deste Estado, não surte efeitos nem gera obrigações no âmbito nacional sem a anuência do Congresso Nacional.” (Brasil, 2023a, p. 27).

No item 2.4 da decisão da ADC 39, encontra-se o cerne da discussão que impacta diretamente na validade ou invalidade do decreto de denúncia da Convenção 158 da OIT. A análise da tese de doutoramento de Márcio P. P. Garcia (2011) sobre a (in)existência de previsão constitucional de procedimento de denúncia e exclusão de normas oriundas de tratados internacionais em 190 países, que contribuiu para a elaboração do voto prevalecente

---

<sup>53</sup> O que inclusive se coaduna com o julgamento da medida cautelar na ADI nº 1.480/DF já abordado supra.

no julgamento mediante a adesão da maioria da corte, relata que dos 190 países pesquisados, 25% possuem tal regulamentação constitucional e, destes 25%, 81% preveem a participação do legislativo no ato de denúncia (Brasil, 2023a).

A fundamentação do referido item afasta qualquer dúvida acerca da existência e regularidade da extinção da obrigação de cumprimento da convenção 158 da OIT no nível internacional em razão do regular cumprimento no disposto do Art. 17.1 da própria convenção, que na esteira de inúmeras outras convenções da OIT, disciplina o procedimento de denúncia mediante comunicação e registro do ato perante o Diretor-geral da Repartição Internacional do Trabalho (órgão permanente da OIT sob a direção do Conselho de Administração<sup>54</sup>) (Brasil, 2023b).

Mas a vigência interna, considerando o status normativo de lei ordinária (ou norma supralegal ou materialmente constitucional se versar sobre Direitos Humanos com e sem observância do quórum de aprovação das Emenda Constitucionais, respectivamente), segundo o voto prevalecente, não ocorre de forma automática pela mera opção do Chefe de Estado. A premissa utilizada como *ratio decidendi* do julgamento da ADC 39 pelo STF é extraída de precedentes da corte no sentido de que a transformação dos tratados em legislação nacional implica a necessidade de que legislação posterior apta a ensejar sua revogação seja promulgada. O paralelismo intrínseco a essa fundamentação é intrínseco ao Estado Democrático de Direito, sob pena de vulnerar políticas de proteção à população, políticas de proteção internacional dos Direitos Humanos, além do princípio democrático, da separação dos poderes, o sistema de freios e contrapesos, bem como a soberania popular (Brasil, 2023b).

A redação constante do voto prevalecente (formulado por Dias Toffoli), alude à reflexão de que no Estado de Direito não apenas os cidadãos se submetem ao Direito, mas igualmente o Estado e seus representantes. Desse modo, seria indesejável que tais autoridades pudessem afastar as normas que os vinculam<sup>55</sup> de maneira unilateral. Há que se primar pelo devido processo legislativo. Portanto, “[...]o ato de desobrigar-se dessa avença, de forma a alterar

---

<sup>54</sup> Cf. Constituição da OIT. Capítulo I, Artigo 2 (OIT, 1944).

<sup>55</sup> Para afastar qualquer aparente contradição ou incoerência, relevante remeter ao seguinte trecho do voto do saudoso Ministro Teori Zavaski na ADI 1.625 na literalidade: “Somente será concebível que o Presidente da República tenha autoridade para, unilateralmente, estatuir obrigações, quando possuírem elas amplitude restrita, endereçadas que sejam às unidades do poder público sob sua direção superior, hipótese em que age ele na chefia da administração (art. 84, XX, da CF). Fora dessas hipóteses, e também das exceções transitórias contempladas no art. 25 do ADCT, parece não haver fundamento constitucional para que o Presidente da República atue, nesse domínio, como titular de competências tipicamente legislativas[...]” (Brasil, 2023b).

novamente o direito vigente, requer, necessariamente, a chancela congressional” (Brasil, 2023b, p.41).

A decisão considera grave a opção feita pelo Presidente da República de denunciar unilateralmente a convenção 158 da OIT por se tratar de direito social constitucionalmente protegido e por se tratar de uma convenção de Direitos Humanos *lato sensu*, tema abundante nos textos da OIT e da ONU como um todo<sup>56</sup> (Brasil, 2023b).

A contraposição do entendimento de Clovis Beviláqua no sentido de que a aprovação pelo Congresso Nacional do procedimento de denúncia sem sua participação transformaria tal opção do executivo em ato meramente administrativo autorizado previamente nos aludidos termos recebe adesão de inúmeros juristas, a exemplo de Pontes de Miranda, Pedro Dallari, Arnaldo Süssekind e Albuquerque Mello e Antônio Augusto Cançado Trindade, que destaca o caráter de ato de governo da denúncia. Ele o faz a partir da diferenciação entre as condições da denúncia e o procedimento da denúncia, amparado nas lições de Süssekind de que não pode o Legislativo delegar ao Executivo a função de legislar (Brasil, 2023b). Tal histórico doutrinário ampara a seguinte conclusão:

Desta feita, chego à conclusão de que, à luz da Constituição de 1988, decorre do próprio Estado Democrático de Direito e de seu corolário – o princípio da legalidade – que a denúncia de um tratado internacional, embora produza efeitos no âmbito externo diante da manifestação de vontade do presidente da República, requer a anuência do Congresso Nacional para que suas normas sejam excluídas do direito positivo interno (Brasil, 2023b, p. 46).

O voto, portanto, diante da identidade de objeto com a ADI 1.625/DF, alude à convergência com o voto-vista prolatado no âmbito da vetusta ADI e aos fundamentos aduzidos pelo saudoso Min. Teori Zavaski. Nessa toada, o voto prevalecente expressamente assume posição pela improcedência do pedido formulado no ADI 1.625 nos termos da tese fixada<sup>57</sup> na ADC 39/DF com sua eficácia unicamente prospectiva<sup>58</sup> (a partir da publicação da ata de julgamento) e seu apelo ao legislador para que regulamente as denúncias de tratados internacionais com a consequente chancela pelo Congresso Nacional (Brasil, 2023b).

---

<sup>56</sup> Cf. Süssekind, (2007).

<sup>57</sup> “A denúncia pelo presidente da República de tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, para que produza efeitos no ordenamento jurídico interno, não prescinde de sua aprovação pelo Congresso” (Brasil, 2023b).

<sup>58</sup> O Min. Edson Fachin destacou, ao proferir voto vencido contrário à eficácia meramente prospectiva (modulação dos efeitos) da decisão, que admitir a produção dos efeitos da denúncia unicamente no plano internacional compromete a cogência/exigibilidade da norma, desse modo, discorda da modulação dos efeitos: “porque reconhece que o Presidente da República pode, por conta própria, retirar o direito de toda a população brasileira a um remédio judicial (internacional) eficaz” (Brasil, 2023b).

A guisa de arremate, é preciso fazer as correlações pertinentes entre os processos de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade e o julgamento em sede de controle difuso e concreto que foram objeto de julgamento pelo supremo e de análise no presente capítulo. A discussão acerca da aplicabilidade da Convenção 158 da OIT à disciplina das dispensas coletivas, suscitada no pelo parecer do MPT perante o TST no caso Embraer e objeto de provocação do STF nos mesmos autos, que ensejaram o tema 638 de Repercussão Geral parece realmente estar restrita ao âmbito das dispensas individuais.

Desse modo, estamos convencidos de que acertou o STF em afastar da discussão acerca da necessidade de negociação coletiva para a realização das dispensas coletivas a cizânia acerca da melhor interpretação e da (in)aplicabilidade da Convenção 158 da OIT diante da (in)validade do ato de sua denúncia. Os objetos das ações são distintos e, não obstante as ações de controle concentrado repercutam apenas no aspecto da validade da norma *in abstracto*, não se nota nessas ações qualquer discussão (ainda que em *obiter dictum*) que trate dos diferentes regramentos jurídicos aplicáveis às dispensas individuais e coletivas por força de sua natureza jurídica.

Ademais, não obstante o artigo de maior repercussão da Convenção 158 trate da necessidade de motivação das dispensas e do direito a uma instância recursal para análise dos motivos declarados para a realização da dispensa, nos parece que todo o contexto e o procedimento adotados na referida convenção conduzem o interprete para sua pretensa aplicabilidade no âmbito das relações/dispensas individuais apenas. Toda essa discussão, entretanto, se torna inócua diante da validade da denúncia (Decreto 2.100/1996) realizada em 1996, conforme julgado na ADC 39/DF.

Desse modo, a rigorosa diferenciação dos temas e dos objetos das demandas de controle concentrado (ADI 1.625 e ADC 39) em contraposição à demanda de controle difuso (Tema 638) poupou desgaste processual, evitou tumulto processual e promoveu economia processual. O procedimento, embora naturalmente complexo, ganha contornos mais claros para que se possa manter o foco da análise nos efeitos e na natureza jurídica da dispensa coletiva, o que foi crucial para uma decisão mais acurada acerca do regime jurídico aplicável e da necessidade de observância da negociação coletiva como corolário do sistema constitucional e da principiologia jurídica, mormente do princípio da boa-fé objetiva.

#### 4.8 A DISPENSA COLETIVA NA EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA

No acórdão do STF referente ao julgamento do tema 638 de repercussão geral e as decisões dos tribunais que a sucederam no âmbito do mesmo processo judicial há uma série de referências à experiência estrangeira com a regulamentação das dispensas coletivas trabalhistas. Na abordagem que se pretende dar no aprofundamento dessa dimensão da fundamentação dos precedentes que são centrais para o presente estudo, buscar-se-á limitar a pretensão de aplicabilidade na ordem jurídica brasileira com vistas à obtenção de um maior grau de cientificidade, por isso, não se pretende levar a efeito uma pesquisa de direito comparado.

O que se pretende no presente capítulo é apenas compreender como os países geográfica e culturalmente mais próximos do Brasil, bem como aqueles citados nos aludidos precedentes (sendo eles os que influenciam e influenciaram a formação jurídica brasileira ou são grandes centros de produção do conhecimento científico mundial, mas que selecionados exclusivamente pelo critério de constar do referido precedente) regulamentam o tema da dispensa coletiva e buscam lidar com as dificuldades que naturalmente dela exsurgem.

Em consonância com o referencial teórico adotado acerca da evolução do pensamento juslaboral, ter-se-á em vista o papel central da compreensão da justiça social no fomento à regulamentação da matéria e, por isso, o constitucionalismo social servirá de supedâneo para complementação do que especificamente pertence ao ramo jurídico do direito do trabalho (especialmente o direito coletivo) demonstrando sua influência sobre a regulamentação e os debates acerca das dispensas coletivas nesses países e como esse panorama teórico converge com a evolução recente do tema no Brasil.

Desde já, levanta-se a hipótese de que vários desses países tenham seguido caminhos diferentes do Brasil, e, se for o caso, espera-se que os relatos dessas experiências sirvam para inspirar novas reflexões sobre o tema no debate jurídico em nosso país. Por isso, os tópicos específicos desse capítulo abordarão os conceitos desenvolvidos no Brasil, as experiências e regulamentações das dispensas coletivas no Uruguai, Colômbia e Chile, culminando no cotejo com o estado da arte no Brasil.

Embora a doutrina frequentemente remeta à conceituação de dispensa coletiva muito difundida por Orlando Gomes na década de 1970, diferenciando, por exemplo as despedidas plúrimas das coletivas, antes mesmo de externar as referidas diferenças conceituais, cabe explicar que a discussão central acerca das dispensas coletivas se direciona à verificação dos

limites ao seu exercício e aos modos de amenizar seus efeitos socialmente nocivos, bem como a obrigatoriedade ou não da observância dessas estratégias.

A questão foi submetida ao TRT da 15ª região por meio de dissídio coletivo, tendo o tribunal julgado o tema considerando, inclusive a flexibilização das exigências formais do processo, algo que é tradicional na justiça do trabalho, inclusive nos processos de natureza coletiva. Acerca do julgamento, que efetivamente impôs limites ao exercício da dispensa coletiva com fundamento em uma série de normas principiológicas vigentes em nossa ordem jurídica, mister frisar que concluiu pela natureza de ato coletivo da dispensa em massa (regulada, portanto, pelo direito coletivo do trabalho, não por seu ramo individual).

Acerca da referida decisão, mas sem adentrar em especificidades do julgamento ou desviar do foco da presente abordagem, relevante considerar a afirmação de Pancotti (2009, p. 41) de que tal decisão fora proferida pelo regional sem lançar mão de qualquer orientação de direito alternativo ou de exercício exótico de hermenêutica constitucional.

Ainda que não seja indene de críticas ou divergências, o TRT15 decidiu a questão que lhe foi demandada, seguindo a diretriz que lhe é imposta de não se eximir de julgar alegando lacuna na lei (vedação ao *non liquet*), desse modo, conquanto não haja regulamentação legislativa minuciosa sobre a dispensa coletiva, sua caracterização e seus limites, valeu-se das normas constitucionais e infraconstitucionais, considerando a doutrina e as divergentes razões acerca da adequada solução para o caso.

Em apertada síntese do que se viu até aqui, para a clássica abordagem de Orlando Gomes (1974, p. 575), as premissas ou requisitos para a caracterização da dispensa coletiva parecem ser a pluralidade de rupturas contratuais empregatícias por motivos não pessoais e sem perspectiva de reocupação dos postos de emprego. Para Rocha (2010, p. 224) seriam apenas duas, a pluralidade de rupturas contratuais e uma causa vinculadora real, destacando a possibilidade de caracterização sem que haja simultaneidade das rupturas contratuais, que podem se suceder no tempo de maneira habitual, culminando no mesmo resultado.

E nessa toda, ainda em 2009, o TST fixou a premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a regularidade das dispensas coletivas, que se realizassem a partir de então. Ou seja, a decisão foi tomada com adoção da técnica de modulação dos efeitos temporais, para que resguardando o princípio da segurança jurídica, apenas nos casos ocorridos após a fixação do precedente, tal exigência se impusesse.

Outros países da América do Sul possuem legislação mais detalhada sobre as dispensas coletivas e, nesse ponto, mais avançada no tratamento do tema, sua conceituação e procedimentalização. Pode-se compreender tal regulamentação com normas de hipótese de

incidência mais especificadas como a formulação de normas-regra pelo legislador e não de normas-princípio o que na teoria dos direitos fundamentais de Alexy (2018) pode ser compreendida como uma ponderação entre princípios que asseguram o bom funcionamento da economia e princípios de direitos fundamentais que asseguram um mínimo existencial, o direito ao trabalho e ao fim e ao cabo a dignidade da pessoa humana.

Não é esse nosso entendimento, pois a contraposição entre bem-estar social e funcionamento da economia pode ser uma falsa dicotomia. Sem um bom funcionamento da economia não há bem-estar social e sem bem-estar social o sistema econômico não alcança sua finalidade e tampouco encontra ambiente fértil para progredir.

Enquanto alguns países da América do Sul, como Brasil e Chile, se mantêm omissos quanto à regulamentação do tema no plano legislativo, Argentina, Peru, Colômbia e Venezuela (também Paraguai e Uruguai) possuem regulamentação que adota o critério quantitativo para a definição das dispensas coletivas por razões econômicas e definem o procedimento a ser seguido para que uma dispensa coletiva seja regular (Fukuoka; Carvalho, 2016).

Na Argentina a Lei Federal é clara acerca da conceituação e dos limites para a prática de dispensas coletivas. Trata-se da Lei do Emprego, de número 24.013 publicada no ano de 1991. O Artigo 98 desta Lei diz que a caracterização das dispensas como coletivas dependem de sua extensão, considerando como coletivas as dispensas que alcancem um percentual sobre a quantidade de empregados da empresa. Esse percentual varia de acordo com o número de empregados, possuindo três faixas, representadas pelos percentuais de 15%, 10% e 5% do total de empregados da empresa.

A lei Argentina, no intuito de lidar com crises empresariais prevê esse “procedimento preventivo de crises de empresas” que determina a aplicação dos aludidos parâmetros percentuais às empresas que tenham respectivamente: a) menos de 400 trabalhadores; b) entre 400 e 1.000 trabalhadores; c) mais de 1.000 trabalhadores<sup>59</sup>.

O referido procedimento também envolve a designação de uma audiência de conciliação entre a empresa e a organização sindical num prazo de cinco dias e, caso a negociação reste infrutífera, abre-se um prazo de até 10 dias para que as partes possam prosseguir nas

---

<sup>59</sup> “Artículo 98. — Con carácter previo a la comunicación de despidos o suspensiones por razones de fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas, que afecten a más del 15 por ciento de los trabajadores en empresas de menos de 400 trabajadores; a más del 10 por ciento en empresas de entre 400 y 1.000 trabajadores; y a más del 5 por ciento en empresas de más de 1.000 trabajadores, deberá sustanciarse el procedimiento preventivo de crisis previsto en este capítulo” (Argentina, 1991).

negociações. Havendo acordo, as partes devem encaminhá-lo ao ministério competente, para que, no prazo de 10 dias proceda sua homologação ou venha a rechaça-lo; é o que dispõem os artigos 100, 101 e 103 da Lei Argentina nº 24.013 de 1991.

Pancotti (2009) destaca que a doutrina argentina reconhece a importância do procedimento preventivo de crise como uma constatação decorrente de sua larga utilização durante toda a década de 1990 e primeiros anos do século XXI. Por outro lado, o mesmo autor também destaca que outra parte da doutrina critica essa imposição de negociação coletiva pela normatividade heterônoma por ser violadora da liberdade sindical constitucionalmente assegurada (Pancotti, 2009, p. 55).

Nota-se que não se trata de uma lei sem efetividade ou de pouca expressão no âmbito da ordem jurídica Argentina. É preciso compreender que as limitações ao princípio da liberdade sindical são possíveis, a partir do ponto de vista da teoria dos direitos fundamentais (que em grande medida adota o entendimento de Alexy no Brasil) que contempla os princípios como não absolutos e sujeitos à ponderação. Tal afirmação, entretanto, não desqualifica as críticas ao referido procedimento, seja no que toca à sua fundamentação jurídica ou aos seus impactos econômicos.

Por não haver pretensão de esgotar a análise da regulamentação da dispensa coletiva na Argentina, mas de oferecer um parâmetro de reflexão amplo àqueles que se interessam pelo tema das dispensas coletivas na América do Sul e no Brasil, passa-se a comentar a regulamentação legal do tema na ordem jurídica paraguaia.

O Código do Trabalho do Paraguai, a Lei nº 213, promulgada em 19 de junho de 1993 e publicada em 29 de outubro de 1993, possui 412 artigos e regulamenta o tema “da terminação do contrato de trabalho” no seu 78º artigo. Para o presente objeto de pesquisa, a dispensa coletiva, possui relevância a alínea “h”, que trata do encerramento das atividades da empresa. A depender da causa que gerou a extinção do contrato ou a impossibilidade de continuação da contratação, pode haver o dever de indenizar do empregador. Tais hipóteses se encontram disciplinadas na referida Lei nº 213/1993 nos artigos 79 e 80.

Como destaca Torrazza (1997, p. 596), a lei paraguaia separa as modalidades de extinção do contrato conforme suas causas, havendo diferenciação da regulação jurídica diante de casos em que ocorre a quebra do empregador ou sua liquidação judicial com relação aos demais casos de encerramento da empresa ou redução definitiva da empresa, ou mesmo do esgotamento da matéria prima objeto de extração com a qual se relaciona o contrato de trabalho.

Como comenta o referido autor, a lei paraguaia prevê especificamente a hipótese de extinção do contrato de trabalho por encerramento da empresa ou fechamento definitivo de postos de emprego. Tal hipótese se encontra prevista no Art. 78, alínea “h” da Lei n. 213/1993 (Paraguai, 1993), que determina a comunicação prévia e por escrito do encerramento dos contratos à autoridade administrativa competente, nesta hipótese haverá a participação dos trabalhadores antes da deliberação pertinente.

Havendo o descumprimento dessa obrigação, o Artigo 80 prevê a obrigação de o empregador indenizar o empregado, nos termos do Art. 91 do mesmo diploma normativo. Ainda o Art. 80 prevê que se o empregadores restabelece, retorna à atividade econômica, mesmo que por pessoa interposta, dentro do prazo de um ano da dispensa coletiva, deverá readmitir os empregados outrora dispensados, ou na falta, indenizá-los.

Nota-se que a procedimentalização das dispensas massivas, ao contrário do Brasil, foi objeto de reflexão e criação normativa por parte dos legisladores argentino e paraguaio. Não é que tal regulamentação não possa ser objeto de crítica quanto à potencial burocratização das relações jurídicas cuja dinamicidade tende a ser desejada pelo sistema capitalista. É defensável a sustentação de argumentos favoráveis ao cotejo da preservação de bens sociais e juscoletivos violados pela dispensa coletiva com uma maior valorização da dinamicidade nas relações jurídicas, o que não se mostra auspiciosa é a omissão do legislador brasileiro por tanto tempo diante de tema social e economicamente relevante.

Na Colômbia, a Ley 50 de 1990 aborda o tema da dispensa coletiva. Seu artigo 67, na previsão normativa de número 4, prevê faixas de números de empregados aos quais se aplicam diferentes percentuais a partir dos quais se caracterizam a dispensa coletiva (Colômbia, 1990). Nota-se pela leitura da lei, que o legislador colombiano desejou caracterizar a dispensa coletiva considerando a condição de cada empresa para lidar com o peso da responsabilidade social para com os efeitos que uma dispensa coletiva pode causar. Nota-se também que empresas com menos de 10 empregados não se submetem a essa diretriz de limitação das dispensas sem justa causa.

Para que se caracterize a dispensa coletiva na Colômbia, não há necessidade da ocorrência simultânea das dispensas, bastando que o percentual previsto em lei seja alcançado num período de 06 (seis) meses. Diante da intenção de realizar dispensa coletiva, a aludida limitação da ordem jurídica não implica a impossibilidade de realização das dispensas coletivas, mas exige autorização do ministério competente (Ministério do Trabalho e Seguridade Social, segundo a dicção legal) assim como se exige para a suspensão dos

contratos de trabalho por até 120 dias, descrita no mesmo artigo. Dessa solicitação de autorização os empregados deverão ser imediatamente informados (Art. 67.1 da Ley 50 de 1990).

As suspensões de contrato de trabalho ou dispensas coletivas realizadas sem a autorização do ministério competente, segundo o número 5 do Artigo 67 da Ley 50 de 1990 da Colômbia, serão consideradas sem nenhum efeito. Ressalta-se que a própria lei prevê uma série de motivos capazes de ensejar essa autorização por parte do ministério competente. A impressão que se tem da simples literalidade da lei é que o legislador apenas buscou, ao criar uma burocracia para as dispensas coletivas, prevenir abusos por parte do empregador, ou seja, o exercício abusivo da liberdade de dispensar trabalhadores pondo fim unilateralmente aos seus contratos de emprego.

A legislação colombiana segue a mesma diretriz dos demais países da América do Sul ao caracterizar como despedidas coletivas aquelas que não possuem causa ou fundamento no comportamento do empregado ou grupo de empregados. Por isso, do ponto de vista ontológico, tal fenômeno demanda proteção especial do trabalhador, pois do seu ponto de vista, seria um encerramento injusto do contrato de emprego.

Se a despedida coletiva é realizada sem a autorização do órgão competente, como dito, serão consideradas sem efeito, portanto, nulas. Entretanto, se realizadas com a autorização do órgão competente, receberão o mesmo tratamento jurídico (verbas rescisórias) dado às dispensas sem justa causa de empregados. É o que preceitua o número 6 do Artigo 67 da Ley 50 de 1990 da Colômbia.

Entretanto, o mesmo número 6 do Artigo 67 prevê em sua parte final uma amenização desse custo para empresas que possuam baixa capacidade econômica. Diz-se isso porque a legislação prevê que a dispensa coletiva autorizada, portanto, lícita, quando levada a efeito por uma empresa que possua patrimônio líquido tributável inferior a 1.000 (mil) salários mínimos mensais (a referência é fiscal, e não meramente contábil), pagará também indenização ao empregado, porém esta será devida ao empregado pela metade do valor de referência (Colômbia, 1990).

De outra banda, no Uruguai, segundo Aragón (2014), não há qualquer limitação à realização de dispensas coletivas prevista expressamente no ordenamento jurídico laboral. Não há no país uma regulamentação acerca dessas dispensas, desde a ausência de

conceituação legal e requisitos para sua caracterização, até a ausência de limites para a prática desses atos de natureza coletiva.

Isso não significa, porém, que as dispensas por causas estritamente empresariais, ou seja, não relacionadas ao comportamento do(s) empregado(s) não devam respeitar princípios tutelados pela ordem juslaboral uruguaia, como os princípios da igualdade e não discriminação, liberdades públicas e demais direitos fundamentais (Aragón, 2014).

Quando medidas que se aproximam do que se entende em diversos países como dispensa coletiva são tomadas, os trabalhadores afetados pela medida podem ser escolhidos mediante critérios da própria empregadora. Os critérios, porém, não poderão violar os princípios, liberdades e direitos fundamentais referidos acima (Aragón, 2014). Ademais, norma coletiva poderá fixar critérios que deverão ser observados pela empregadora nas referidas dispensas, pois a ordem jurídica uruguaia não prevê qualquer óbice à aplicabilidade da negociação coletiva acerca desse objeto. Negociações nesse sentido, entretanto, não são frequentes no país (Aragón, 2014).

Atualmente o Código do Trabalho do Chile (2023) prevê em seu artigo 161 que o empregador pode dispensar um ou mais empregados com fundamento em necessidade da empresa ou do serviço, bem como sua modernização, baixa de produtividade, mudanças econômicas, que tenham tornado necessária essa dispensa.

O mesmo código, em seu artigo 168 prevê um prazo de 60 (sessenta) dias úteis para que o empregado denuncie o uso indevido dessas motivações para a realização de dispensas. A judicialização dessa questão pode levar a uma declaração judicial do uso indevido da previsão normativa constante do Artigo 161. Nesse caso, o Artigo 168 prevê uma indenização de 30% a ser aplicada pelo magistrado diante da violação do Artigo 161 especificamente.

Ocorre que há um projeto de lei, datado de 03/03/2015 que visa à modificação do *Código del Trabajo* chileno. Esse projeto trata do tema das dispensas coletivas, e o faz com vistas à limitação de sua realização, resguardando os direitos dos trabalhadores. É o *Proyecto de Ley n° 9886-13* de 03 de março de 2015 que no seu título sem apresenta como um projeto que modifica o Código do Trabalho com o objetivo de estabelecer um procedimento prévio ao qual deve se submeter o empregador em caso de dispensas coletivas.

O projeto propõe a alteração do referido Artigo 161 para que passe a exigir que diante daquelas motivações com vistas à extinção de contratos de emprego, o empregador deva comunicar à fiscalização do trabalho e ao sindicato (ou, em sua falta, aos trabalhadores

afetados) sua intenção de realizar a dispensa coletiva. Tal comunicação, se aprovado o referido projeto, deveria ser feita com a antecedência mínima de 30 (trinta) dias, ensejando fiscalização e dever de prestar informações aos trabalhadores nos moldes das fornecidas ao governo por força do Artigo 315<sup>60</sup> do Código do Trabalho vigente (Chile, 2015, p. 7).

O *Proyecto de Ley n° 9886-13* de 03 de março de 2015 também prevê conceituação da dispensa coletiva. Segundo o projeto, as dispensas coletivas passariam a se caracterizar quando num lapso de 60 (sessenta) dias, as empresas com menos de cem empregados dispensassem dez ou mais trabalhadores, ou quando alguma empresa com mais de cem empregados dispensasse pelo menos 10% (dez por cento) dos trabalhadores no referido lapso temporal de 60 (sessenta) dias (Chile, 2015, p. 7).

O referido projeto de Lei, conforme se nota do “parecer da assessoria técnica parlamentar”, da autoria de Paola Álvarez D. e datado de janeiro de 2019 aponta que as medidas pretendidas pelo projeto de lei chileno de n° 9886-13 de 03 de março de 2015 acompanham a tendência observada no âmbito da União Europeia e da Organização Internacional do Trabalho – OIT, pois é o que se nota no quadro comparativo feito pela assessoria parlamentar, que aponta medidas da mesma natureza constantes do referido projeto e da regulamentação das dispensas coletivas em Espanha e França (2019, p. 2).

O parecer de Álvarez (2019, p. 2) destaca que a OIT não possui nenhuma convenção ou recomendação especificamente sobre dispensa coletiva, apesar da Convenção 158 tratar sobre a terminação da relação de trabalho, bem como faz referência à *Directiva 98/59/CE*, de 20 de julho de 1998 da União Europeia, que por sua vez, regula a dispensa coletiva .

No Brasil a legislação não fornece o conceito de dispensa em massa, tampouco parâmetros para sua caracterização ou regulamentação da temática quanto ao seu procedimento, ressalvada a equiparação às dispensas individuais e plúrimas prevista no Art. 477-A da CLT. Esse, inclusive é um dos motivos pelos quais nos julgamentos pesquisados a fundamentação principiológica se faça tão necessária e relevante.

---

<sup>60</sup> “Art. 315. Derecho de información periódica en las grandes empresas. Las grandes empresas deberán entregar anualmente a los sindicatos de empresa constituidos en ellas, el balance general, el estado de resultados y los estados financieros auditados, si los tuvieren, dentro del plazo de treinta días contado desde que estos documentos se encuentren disponibles. Asimismo, deberán entregar toda otra información de carácter público que conforme a la legislación vigente estén obligadas a poner a disposición de la Superintendencia de Valores y Seguros. Esta información deberá ser entregada dentro del plazo de treinta días contado desde que se haya puesto a disposición de la referida Superintendencia. Respecto de los nuevos sindicatos de empresa que se constituyan, la información indicada en este artículo será entregada dentro del plazo de treinta días contado a partir de la comunicación señalada en el inciso primero del artículo 225 de este Código” (Chile, 2015).

As dispensas coletivas já eram preocupação, no mínimo, desde a década de 70, quando o tema foi abordado por Orlando Gomes no âmbito das consequências advindas do uso no mercado da tecnologia eliminadora de postos de emprego, ensejando conceituação doutrinária a que se remete até a atualidade em pesquisas acadêmicas e decisões judiciais (Gomes, 1973). O referido conceito, inclusive é referenciado pelo STF no tema 638 de Repercussão Geral em acórdão datado de 08 de junho de 2022.

Mallet destaca que a ordem jurídica, com os comandos normativos expressamente dela constantes e, diante das reiteradas opções do legislador em favor de uma mais ampla liberdade do empregador na realização de dispensas, não seria terreno fértil para que se encontre normas capazes de limitar a dispensa coletiva nos moldes da decisão do TST em 2009 no leading case da Embraer, que dispensou mais de 4.000 empregados, ensejando discussão no âmbito judicial a respeito dos mecanismos que a ordem jurídica possui para impedir os seus efeitos sociais deletérios (Brasil, 2009c).

Apesar disso, a decisão pela limitação, ao menos procedimental da realização de dispensas coletivas, proferida inicialmente pelo TRT 15 acerca do referido “caso Embraer” em decisão (acórdão) prolatada em 13 de março de 2009. Dessa decisão as partes recorreram para o TST, que igualmente proferiu decisão contrária à liberdade ilimitada de realizar dispensas coletivas, fixando na data de 10/08/2009 a imprescindibilidade da negociação coletiva para a dispensa em massa de trabalhadores.

Ressalte-se que o Ministério Público do Trabalho emitiu parecer pela impossibilidade da adoção de posição contrária ou a favor da dispensa coletiva sem limitação material ou procedimental sob o argumento de que os princípios que fundamentariam tal decisão são demasiadamente genéricos e se prestariam apenas a disfarçar opções políticas. É o que consta do relatório do inteiro teor do Acórdão proferido no tema 638 de repercussão geral (Brasil, 2022a).

Ao tempo da decisão do STF já havia sido promulgada a reforma trabalhista, pois a reforma foi implementada principalmente pela Lei 13.467/2017, e a decisão do STF foi proferida em junho de 2022, portanto, levou em consideração a redação do Art. 477-A da CLT, e mesmo assim, por maioria, entendeu que se trata de ato de natureza coletiva (de direito coletivo do trabalho), merecendo intervenção sindical prévia.

A tese adotada diz que: “A intervenção sindical prévia é exigência procedimental imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores, que não se confunde com

autorização prévia por parte da entidade sindical ou celebração de convenção ou acordo coletivo” (Brasil, 2022a).

Como destacam Calcini e Moraes (2016), isso não se traduz uma submissão dos empregadores às exigências sindicais para que possam realizar dispensas coletivas. Por fim, ressalta-se que a decisão do TST se volta para a discussão acerca da regularidade das futuras dispensas coletivas, posto que há modulação dos efeitos temporais da decisão para que tenha efeitos apenas prospectivos (Brasil, 2022a).

A experiência estrangeira apontada pela SDC do TST no julgamento do caso Embraer foi representada pela regulamentação do tema na Espanha, Itália, França e México, que segundo o doutrinador e relator no âmbito da SDC, min Delgado, se inspiraram na Convenção 158 da OIT. A apresentação das soluções em cada um dos representantes apresentados no acórdão é, na Espanha e no México uma indenização compensatória, enquanto na Itália (Lei n. 223/91) e na França (Lei do Trabalho de 1995) optou-se por critérios de escalonamento da demissão, embora as *directivas* da UE prevejam indenizações.

No âmbito dessa experiência europeia referida (frequentemente) nos julgados dos tribunais brasileiros acerca da dispensa coletiva, relevante ter em mente o constitucionalismo social europeu, bastante desenvolvido na Espanha. Gerardo Pisarello (2009), destacando o amplo consenso sobre a generosidade dos direitos sociais nos textos jurídicos contrastar com sua baixa implementação/efetividade (eficácia social), atribui essa baixa efetividade aos inimigos dos direitos sociais.

Em apertada síntese, os inimigos dos direitos sociais, segundo Pisarello (2009) são: a) sua frequente subordinação a outros direitos; b) a subordinação dos direitos sociais aos direitos patrimoniais (v.g. propriedade privada e liberdade de empresa); c) a submissão de direitos sociais aos desígnios da representação política e do exercício do poder institucional, e; d) sua submissão a uma concepção excludente de cidadania ligada à nacionalidade, ao mercado de trabalho formal e à disponibilidade de recursos<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> “A efectos de esta intervención se podrían señalar cuatro grandes „enemigos”, „adversarios” o, si se prefiere, obstáculos serios para la generalización de los derechos sociales en particular y de los derechos humanos en general: 1) la percepción de los derechos sociales como derechos diferentes, y en última instancia subordinados, a otros derechos considerados relevantes e incluso fundamentales; 2) la subordinación de los derechos sociales y de otros derechos fundamentales a una concepción tendencialmente absolutista de ciertos derechos patrimoniales como el derecho de propiedad privada o la libertad de empresa; 3) la subordinación de los derechos sociales y de otros derechos fundamentales a una concepción tendencialmente absolutista de ciertos derechos derivados de la representación política o del ejercicio de poder institucional; 4) la

Relevante observar que a análise de Pisarello (em especial os pontos 3) converge com a abordagem de Luhmann acerca da existência de subsistemas sociais com suas linguagens (e multiplicidade de racionalidades) operacionalmente fechados, porém cognitivamente abertos, considerando o acoplamento estrutural do sistema jurídico com o sistema jurídico. No ponto 4, a convergência parece mais pertinente às lições de Marx (2017), ao considerar a superestrutura como subordinante do fenômeno jurídico, que estaria vulnerável aos influxos do sistema econômico (burguês). Ressalta-se que o Direito do Trabalho almeja ser uma barreira de contenção a esse “absolutismo econômico”.

A despeito das perspectivas axiológicas que categorizam os direitos sociais num patamar moral inferior aos direitos individuais (civis e políticos) e, das perspectivas políticas que remetem ao jogo de forças e à gestão dos interesses conflitantes no âmbito da sociedade essa menor efetividade dos direitos sociais, para Pisarello (2009, *passim*) a expansão e maior efetividade dos direitos sociais encontra ambiente fértil no aprofundamento da democracia e da proteção da autonomia e da dignidade das pessoas, começando pelas mais vulneráveis.

O saudoso constitucionalista social e Ministro da corte constitucional espanhola Fernando Valdés Dal-Ré (2016) destaca a centralidade da dispensa e sua regulamentação no sistema justralhista, de modo que sua regulamentação transcende o momento da extinção do contrato de trabalho. A acurácia da referida análise demonstra a importância da regulamentação das dispensas para o Direito do Trabalho, e todo esse potencial positivo (de cuja depreciação mostra-se preocupante) potencializa-se no ramo do Direito Coletivo do Trabalho, com acréscimos de aproximação com os demais direitos sociais em toda sua amplitude.

Dal-Ré (2016) destaca que o Direito do Trabalho é, por sua vez, central no sistema de proteção dos direitos sociais. Evidenciando o quanto se faz preocupante do ponto de vista dos direitos sociais a substituição da cultura do trabalho pela cultura do capital (Dal-Ré, 2016). A perspectiva ideológica que desvincula o progresso econômico do progresso social é estreita, e demanda contraposição às razões que sustentam a imprescindibilidade dos direitos sociais, inclusive do ponto de vista histórico.

---

*subordinación de los derechos sociales y de otros derechos fundamentales a una concepción excluyente de la ciudadanía, ligada a la nacionalidad, y a una concepción igualmente excluyente de la residencia legal, ligada a la existencia de un vínculo estable con el mercado formal de trabajo o a la disposición de recursos” (Pisarello, 2009, p. 2).*

A reforma trabalhista espanhola de 2012 é referida por Dal-Ré (2016) como uma profusão legislativa de três anos, abrangendo temas que envolvem o direito do trabalho individual e coletivo, a política de emprego, a despedida e o direito ao emprego, sendo que promulga normas de um direito trabalhista retórico, à semelhança da reforma trabalhista brasileira de 2017, pois na prática, ambas não buscam proteger o trabalhador com vistas ao equilíbrio da relação jurídica, mas apenas resguardar os interesses da parte mais forte do contrato, repassando para o trabalhador os riscos por ele assumidos.

O relato da experiência reformista espanhola demonstra o quanto há semelhanças entre o espírito da reforma trabalhista espanhola e o da brasileira. Apesar do histórico rigor da legislação espanhola para com as dispensas coletivas (o que, de outra banda, se assemelha mais aos nossos vizinhos da América do Sul comentados supra, do que à legislação brasileira), o fenômeno jurídico-político de restrição de direitos sociais como medida paliativa para lidar com uma crise econômica pretensamente com o status de direito de crise (diz-se isso porque não gerou os postos de emprego “justificadores” da medida) repercute na Espanha e também no Brasil. Tudo isso só pode ser compreendido, sem incorrer em paroquialismo, evitando janelar o contexto da dispensa coletiva na América do Sul e na Europa.

#### 4.9 JURISPRUDÊNCIA SOBRE DISPENSA EM MASSA APÓS O JULGAMENTO DO TEMA 638 DO STF

Conforme referenciado anteriormente, o judiciário trabalhista vem se debruçando a mais de uma década sobre o tema das dispensas coletivas, resultando num amadurecimento do tema que, apesar de encontrar alguns precedentes de tribunais em sentidos opostos (inclusive no âmbito do mesmo tribunal, a exemplo do TST, conforme se verifica do Processo nº TST-RO-1016-72.2013.5.05.0000 de relatoria da Ministra Kátia Arruda) (Brasil, 2019b). Entretanto, o avanço dos debates e a assunção natural de protagonismo pelo STF diante do sistema processual pátrio produz uma autopoiese nessa evolução.

É da autopoiese constituída pelo reprocessamento da decisão do STF no Tema 638 de Repercussão Geral, nos quais surgem novas interpretações e, conseqüentemente novos modos de tutelar o Direito ao Trabalho diante das dispensas coletivas. Nos autos da Ação Civil Pública (doravante ACP) nº 0011794-49.2017.5.03.0184, ajuizada pelo Sindicato Dos Professores Do Estado de Minas Gerais - SINPRO/MG, em face da Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá Ltda. Perante a 46ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte (submetida à

jurisdição do TRT3) encontrar-se-á exemplo de interpretação da Tese adotada pelo STF que é relevante para a presente pesquisa.

Nos autos da referida ACP, discutiu-se a licitude de uma dispensa coletiva de 1.200 professores (100 em Belo Horizonte e os demais em outras regiões do país), visando a uma reestruturação da empresa, de modo que, após a dispensa, abriu cadastro de reserva para a contratação de outros professores.

Na ACP, o sindicato propositor da demanda, requereu liminarmente a reintegração dos trabalhadores dispensados massivamente e a obrigação de não fazer consistente na abstenção da realização de dispensas de mais empregados até que realizasse obrigação de fazer consistente na entrega ao juízo de uma lista com os nomes dos trabalhadores dispensados e seus termos rescisórios, bem como a lista dos trabalhadores contratados e seus respectivos salários. Ocorre que, boa parte da controvérsia constante dos autos se referiu ao pleito de reintegração que, indeferido pelo magistrado competente da 46ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, se tornou objeto de impugnação pela via do Mandado de Segurança, que viria a ser julgado pelo TST em sede de Recurso Ordinário sob o número em epígrafe<sup>62</sup>.

Antes de abordar os fundamentos da decisão que delibera em sede recursal acerca da adequação ou não da decisão liminar do juiz da primeira instância que fora impugnada pela via do Mandado de Segurança, impende destacar que o tema, embora afeito ao Direito Coletivo do Trabalho, por questões de organização judiciária, foi objeto da decisão no âmbito da SBDI-II, que será analisada nas presentes linhas.

Diante do pedido liminar, o magistrado do juízo de origem, fundamentando na ausência de estabilidade dos empregados pretensos beneficiários da medida liminar, declarando que não vislumbrou despedida arbitrária na referida dispensa em massa e referenciando o Artigo 477-A da CLT e reconhecendo a dispensa sem justa causa como direito potestativo do empregador (indeferindo também o pleito de abstenção de realização de dispensas pela instituição de ensino superior.

Porém, o aludido magistrado deferiu a outra obrigação de fazer postulada, determinando que a empresa apresentasse a lista completa dos empregados dispensados, seus termos rescisórios e a lista dos professores contratados com seus respectivos salários. Tudo sob pena de multa pecuniária.

---

<sup>62</sup> Recurso Ordinário nº TST-RO-11778-65.2017.5.03.0000 (Brasil, 2022b).

Um ponto importante do caso aduzido é que a empresa não eliminou os postos de emprego (pelo menos não todos) no caso em tela, pois fez nova seleção para cadastro de reserva. Esse procedimento pode ser um indicativo de dumping social, ou seja, de uma tentativa de diminuir os salários no mercado de educação por via transversa, posto que a progressão na carreira implica salários mais elevados para os trabalhadores, a rotatividade de mão de obra representa uma forma de diminuir o custo total com mão de obra. De outra banda, segundo Acórdão do regional reproduzido no bojo do acórdão da SBDI-II do TST, se caracteriza um indício de que a dispensa massiva não é decorrência de uma crise financeira grave na empresa.

Na fundamentação do TRT também consta referência ao Artigo 359 do Código do Trabalho de Portugal para fins de conceituação da dispensa coletiva por força do Art. 8º da CLT, referindo-se a dois trabalhadores em microempresas ou de pequenas empresas e à dispensa de cinco trabalhadores quando média ou grande a empresa (Brasil, 2022b, p. 9). Em continuidade, há remissão à jurisprudência do TST, no sentido da necessidade de ampla e prévia negociação coletiva para a validade das dispensas coletivas com base em princípios como a Dignidade da Pessoa Humana, do Valor Social do Trabalho, da Função Social da Empresa, da Valorização da Negociação Coletiva e da Democracia (Brasil, 2022b, p. 9).

Nessa continua metarreferência, que pode ser vista, inclusive, como uma interpretação por integridade e um apreço pela estabilidade dos precedentes, há também remissão a decisões anteriores do TST reconhecendo a natureza coletiva da dispensa em massa e a aplicabilidade das normas internacionais ratificadas pelo Brasil e nas recomendações 98, 135 e 154 da OIT, levando à decisão em precedentes de 2004 no sentido de que, embora não seja proibida a dispensa coletiva diante da extinção das condições de trabalho na empresa, mas desde que ela observe a principiologia e a normatividade internacional internalizada pertinentes (Brasil, 2022b, p. 10-11).

O Relator do referido Recurso Ordinário em Mandado de Segurança reproduz a decisão recorrida que aponta ser necessária a observância do diálogo social nos termos do que impõem os diversos instrumentos internacionais aplicáveis. São exemplos as Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151. Elas são elencadas em decisão de 2017 utilizada pela corte também como precedente para se posicionar contra o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas (pois cientificamente imprescindível que se destaque a *ratio decidendi* do precedente elencado no acórdão analisado) (Brasil, 2022b, p. 12).

Esse contexto leva o acórdão recorrido à conclusão de que o Artigo 477-A da CLT não trata do diálogo social nas dispensas coletivas (ou seja, não proíbe, nem obriga) porque tal exigência oriunda da normatividade internacional não estaria mais ao alcance do legislador interno após a assunção do compromisso internacional com esse valor por parte da pessoa jurídica de direito internacional público – República Federativa do Brasil – (Brasil, 2022b, p. 13).

Consoante essa autocontenção que repercute na atuação do legislador, acórdão recorrido elenca a o Art. 27 da Convenção de Viena, ratificada pelo Brasil em 2009, no sentido de que “1. Um Estado-parte de um tratado não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado” (Brasil, 2009c). Ao lado da necessidade de observância ao diálogo social tripartido para que se trate adequadamente do tema “negociação coletiva” nos termos do Art. 7º da Convenção 154 da OIT.

A decisão regional também elenca entre seus fundamentos a necessidade de observar-se o diálogo bipartido para tratar de questões relacionadas às condições de emprego (Art. 4º da Convenção 98 da OIT) e a cláusula de não retrocesso social prevista no Artigo 26 do Pacto de São José da Costa Rica, sendo que quanto a esse “efeito *cliquet*”, poder-se-ia fazer referência a outros tratados internacionais, a exemplo do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Protocolo de San Salvador, conforme destaca Christian Courtis (2006), assim como o Caput do Art. 7º da CRFB/88.

Nesse precedente, em sede de Mandado de Segurança, o regional destaca a importância de não se banalizar a dispensa em massa ou coletiva, o que, aparentemente ocorre, quando se tenta defender sua intangibilidade com fundamento no direito potestativo do empregador de dispensar (Brasil, 2022b, p. 13). Nesse ponto, convém acrescentar que o contrato de emprego é um contrato de liberdade. Não se põe em questão a viabilidade das partes, individualmente, se desvincularem de seus compromissos empregatícios prospectivamente. O que se põe em questão é o como se faz isso, em especial, no plano do Direito Coletivo do Trabalho. Não parece razoável que a desvinculação coletiva seja infensa a qualquer regulamentação e indene de responsabilidade social e econômica.

Na decisão da SBDI-II, em reprodução literal do acórdão recorrido, há relevante menção ao precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, proferida em 2017 no *case Lagos del Campo Vs Peru* (CIDH, 2017), que reconheceu expressamente os princípios da progressividade, vedação ao retrocesso em proteção em face da despedida arbitrária como

vinculativos de todos os países que compõem o sistema interamericano de Direitos Humanos, portanto, também do Brasil.

A citação literal dos tópicos 145 a 148 da decisão passam pelos temas do Direito ao Trabalho, do direito de não ser privado injustamente do emprego (dispensa arbitrária), as obrigações positivas do Estado nessa proteção (não basta se abster, deve adotar ações para proteger os trabalhadores dessas vulnerações) e, a necessidade de motivação das despedidas (CIDH, 2017) (prevista na Convenção 158 da OIT, que na presente pesquisa, é objeto de capítulo em apartado).

Nesse sentido, a decisão do TRT3 sintetiza a interpretação fixada pelo precedente internacional, demonstrando a pertinência de sua escolha, *in verbis*:

[...] a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em interpretação harmônica e sistemática da Convenção Americana de Direitos Humanos, considerou que os seus artigos 26 e 29 resguardam tanto o direito à progressividade social quanto à proteção do emprego contra a despedida arbitrária (Brasil, 2022b, p. 18).

É com base na normatividade internacional, que a o regional afirmou nos autos, que o Artigo 477-A, criado pela reforma trabalhista, não possui o condão de afastar as normas internacionais referidas. Ademais, é a aplicação do referido artigo que merecerá interpretação à luz da normatividade internacional, nos moldes do controle de convencionalidade referido por Valério Mazzuoli (2011) em suas lições.

Relevante destacar que a decisão do TRT3, reproduzida na literalidade no acórdão da SBDI-II do TST, considerou que a decisão interlocutória do juízo de primeira instância naquele processo que indeferiu pleitos em caráter liminar (tutela de urgência), violou a o CPC/15 e os Artigos 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), artigo 7º da Convenção 154 OIT, artigo 4º da Convenção OIT 98 e artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e organizações internacionais, e ainda, a autoridade da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Brasil, 2022b, p. 22-23).

A decisão da SBDI-II elenca sumariamente os fundamentos aduzidos pela Instituição de Ensino Superior (parte na ACP) em sede de razões de recurso ordinário. O TST julga não haver violação da Cláusula de Reserva de Plenário (Art. 97, CF) em razão de afastamento da aplicação do Art. 477-A da CLT nos moldes da Súmula Vinculante 10. O fundamento do TST é no sentido de que já há tese fixada pelo STF com caráter vinculante, centrando a análise da dispensa coletiva na necessidade de intervenção sindical (Brasil, 2022b, p. 25).

A decisão da SBDI-II destaca o entendimento já sedimentado da corte no sentido de que a negociação coletiva é instrumento hábil para a solução do conflito coletivo decorrente da dispensa coletiva, citando a ementa do acórdão paradigmático da relatoria do Min. Delgado, comumente conhecido como “Caso Embraer” (Brasil, 2009c) e já analisado no âmbito da presente pesquisa.

O Acórdão remete à Tese fixada pelo STF no Tema 638<sup>63</sup> de Repercussão Geral e reproduz a decisão da primeira instância (ato coator) que, como dito, indeferiu a liminar no que tange ao pleito de reintegração dos professores por considerar o direito de dispensar um direito potestativo assegurado pelo Art. 477-A da CLT, que teria o condão de afastar inclusive a previsão da Convenção 158 da OIT (do que, com a devida vênia, há de se discordar diante da hierarquia dos tratados internacionais de Direitos Humanos em nossa ordem jurídica). De outra banda, o ato coator deferiu a liminar quanto à obrigação de fazer referente à entrega de documentos com informações das dispensas e das contratações pertinentes, sob pena de multa (Brasil, 2022b, p. 28-29).

Ao apreciar o Recurso Ordinário, a SBDI-II decidiu que não há violação a direito líquido e certo no pretense ato coator. O fundamento do decisum considera que, apesar da tese fixada no Tema 638 do STF considerar imprescindível a intervenção sindical, ela pondera a ausência de necessidade de autorização sindical e de celebração de contrato coletivo para realização da dispensa coletiva. Essa ressalva, levou a SBDI-II a ao entendimento de que o STF não conferiu estabilidade aos trabalhadores dispensados coletivamente, e que diante dessa conclusão, o indeferimento da liminar que pleiteia reintegração não viola direito líquido e certo (Brasil, 2022b, p. 30).

Desse modo, ao considerar que a intervenção sindical não garante estabilidade e que não há qualquer previsão legal ou convencional que garanta estabilidade aos empregados dispensados coletivamente, bem como alinhando a esse argumento as ponderações do Min. Douglas Rodrigues no sentido de que o STF não fixou no Tema 638 as consequências para a quebra do imprescindível dever negocial contido na intervenção sindical e aos questionamentos acerca dessas consequências, em texto crítico da decisão do Supremo, de autoria do Magistrado Otávio Calvet (Brasil, 2022b, p. 31-33).

---

<sup>63</sup> Vide o Tema 638 da Tabela de Repercussão Geral do STF: “A intervenção sindical prévia é exigência procedimental imprescindível para dispensa em massa de trabalhadores que não se confunde com a autorização prévia por parte da entidade sindical ou celebração de convenção ou acordo coletivo” (Brasil, 2022a).

Ocorre que as ponderações citadas no acórdão da SBDI-II fazem o contraponto de que esse dever negocial é expressão da função social da empresa, e que outros juristas, como Raimundo Simão de Melo, apontam a experiência trabalhista repleta de medidas de redução dos impactos da dispensa coletiva, desde a abertura de PDV/PIDV ao *Lay Off* (suspensão do Contrato ou redução do salário e da jornada), de modo a compatibilizar o Art. 477-A da CLT com o Tema 638 do STF (Brasil, 2022b, p. 33).

Quanto à violação decorrente da inobservância dessas diretrizes, implica quebra do dever de diálogo social e o conseqüente dever de indenizar (dano moral coletivo) decorrente da lesão a direito coletivo, que deve ser processada em nível coletivo e poderá ensejar também a imposição de obrigações de fazer emanadas da boa-fé objetiva, sendo típica pretensão a se submeter ao procedimento da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), que permite a veiculação de pretensões decorrentes de lesão a qualquer direito difuso ou coletivo (Art. 1º, IV), inclusive obrigações de fazer e não fazer suscetíveis ao arbitramento de *astreintes ex officio* (Art. 11). Não se fala e não se confundem, porém, com a estabilidade, como destaca o julgamento do RO 10782-38.2015.5.03.0000 (Brasil, 2022b, p. 34).

Portanto, apesar da decisão da SBDI-II dar provimento ao Recurso Ordinário representativo dos interesses da categoria econômica (denegando a segurança pretendida), reformando a decisão do TRT3 e restabelecer a decisão do magistrado de primeira instância (pretensão ato coator). Em sua fundamentação, o acórdão de julgamento do RO-11778-65.2017.5.03.0000 (Brasil, 2022b) esclarece e confirma as conseqüências do descumprimento do dever negocial fixado no Tema 638 de Repercussão Geral do STF já elucidados no julgamento do RO 10782-38.2015.5.03.0000 (Brasil, 2018c).

Tais conseqüências envolvem o reconhecimento de obrigações de fazer e não fazer (sob cominação de *astreinte*), bem como indenização por danos morais coletivos, todos ensejadores de ajuizamento de Ação Civil Pública – ACP pelos legitimados (Art. 5º da Lei 7.347/85) e, no caso de dispensa coletiva, perante a Justiça do Trabalho. Vejamos: “[...]a inobservância procedimental traduz dano coletivo, ensejador de reparações apenas em nível coletivo, ‘como imposição de obrigações de fazer (dialogar socialmente, justificar a medida, agir de boa-fé etc.) ou de reparar (dano moral coletivo)’” (Brasil, 2022b, p. 35).

Portanto, aparentemente, resta prejudicada grande parte da discussão travada no âmbito do precedente do TST “ED-RR-10342-90.2018.5.03.0144” relativamente ao cabimento de dissídio coletivo de natureza jurídica para discutir normas gerais e ensejar a proteção de direitos individualmente identificáveis, o que destoaria do entendimento prevalecente na

doutrina e jurisprudência, bem como da regulamentação do tema no âmbito do Regimento Interno do TST (Brasil, 2023c, p. 20-26).

O referido acórdão, proferido em sede de embargos de declaração, é representativo de uma série de nuances que nas quais as deliberações acerca da dispensa coletiva no contencioso judicial se envolvem. Desde sua conceituação, que encontra alguns parâmetros na doutrina e no Direito Internacional, mas que numa aferição objetiva, segundo a jurisprudência do TST.

Segundo jurisprudência anterior à Reforma Trabalhista, não se pode deixar de levar em consideração os impactos econômico, político, social e assistencial gerados na região em razão dos desligamentos dos empregados atingidos. Na decisão anterior à Reforma Trabalhista e ao Art. 477-A da CLT (Brasil, 2016), inclusive, entendeu-se que a dispensa de 28 empregados, num universo de 358 (7,82%) já caracterizada uma dispensa coletiva. Ademais, há referência da cômte no julgado à diminuição dos impactos da dispensa coletiva sobre os mais vulneráveis e a respeito da necessidade de se observar o Direito à Informação, nos moldes da Recomendação 163 da OIT e do Art. 5º, XIV da CF (Brasil, 2023c, p. 4-5).

No mesmo ano, outro precedente, o RR-141300-56.2008.5.03.0067, da relatoria do Ministro José Pimenta, destaca que a ausência de regulamentação do Art. 7º, I da CF/88 não autoriza o empregador a dispensar em massa empregados, faz referência ao precedente do Caso Embraer, da Relatoria do Min. Delgado e a decisões posteriores da mesma cômte, no sentido de que a dispensa coletiva à margem da negociação sindical não possui eficácia. Finalizando a fundamentação com referência ao potencial de intervenção do Poder Executivo (por intermédio do Ministério do Trabalho) nas demissões em massa, que não foi objeto de apreciação por ausência de devolução da matéria em sede recursal. Tudo isso consta do histórico jurisprudencial do TST apresentado pelo Min. Delgado no ED-RR-10342-90.2018.5.03.0144 (Brasil, 2023c, p. 5-6).

Outro precedente relacionado pelo Min Delgado, este, porém, de sua relatoria, é datado de 2018 (AIRR-2236-95.2011.5.05.0511, 28/02/2018), portanto, posterior à reforma Trabalhista, com alusão ao descumprimento de normas internacionais, em especial as normas oriundas das Convenções da OIT Nº 11, 98, 135, 141 E 151. Nesse precedente, ao contrário do que viria a decidir o STF em 2022 no Tema 638, a cômte decidiu que diante da ausência de negociação coletiva, caberia o ajuizamento de dissídio coletivo. Desse modo, deveria ser assegurado o uso de fórmulas atenuantes dos efeitos deletérios da dispensa coletiva (Brasil, 2023c, p. 6-7).

Também levando em conta o precedente do Caso Embraer, no ARR - 1-71.2013.5.04.0008 de 08/03/2017 da relatoria do Ministro Antonio Levenhagen, a cõrte trabalhista faz referência às Convenções da OIT Nº 11, 87, 98, 135, 141 E 151 (ilustrativamente) e endossou a necessidade de participação do sindicato obreiro diante da natureza coletiva da dispensa em massa e da inexistência de direito potestativo de dispensar no âmbito coletivo, entretanto ponderou que o rechaço do pedido de reintegração preservou o princípio da legalidade no caso concreto, isto diante da ausência de estabilidade dos empregados dispensados coletivamente (Brasil, 2023c, p. 7-10).

De outra banda, após a promulgação da Reforma Trabalhista e o advento do Art. 477-A da CLT há precedente do TST da adjetivando a posição jurisprudencial da própria cõrte trabalhista como nitidamente ativista, causadora de gravame substancial à empresa envolvida no objeto do julgamento e, além adotar uma postura de autocontenção, aplicar precedente sobre matéria processual para julgar inadequada a via do dissídio coletivo de natureza jurídica em matéria de dispensa coletiva/dispensa em massa de trabalhadores e de nulidade do ato (Brasil, 2023c, p. 12-16).

Esses poucos precedentes restritivos, referenciados em julgado do ano de 2023 para resgate da evolução dos entendimentos na mais alta cõrte trabalhista brasileira, embora anteriores à decisão do STF no tema 638 de Repercussão Geral destacam que na hipótese de direitos concretos de trabalhadores, tais direitos devem ser buscados por meio de ação individual a ser proposta ante a Vara do Trabalho. O precedente processual de 2018 (Brasil, 2018a), merece ser cotejado com o quanto deliberado em sede de ACP no âmbito do próprio judiciário trabalhista, precedente elencado inclusive no acórdão de 2023 da relatoria do Min. Delgado, de onde se extrai tal perspectiva dialética esclarecedora da inexistência de incompatibilidade ou superação com o quanto decidido no Caso Embraer e no Tema 638 do STF (Brasil, 2023c, p. 16-18).

Nota-se, entretanto, forte influência que a Reforma Trabalhista e, conseqüentemente, o Art. 477-A da CLT exerceu sobre o teor de alguns julgamentos relativos à dispensa coletiva no âmbito do TST, pois a sua consideração e referência direta à sua literalidade são expressões constantes de precedentes do TST (em especial de relatoria do Min. Ives Gandra M. Filho), também na composição do Pleno, mas que, nesse caso, recebe o contraponto adequado no nível de análise pertinente à convencionalidade e constitucionalidade das normas trabalhistas. Vejamos:

Observa-se, no entanto, que o mencionado dispositivo legal apenas dispensa a autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para a efetivação da dispensa coletiva, o que não afasta a necessidade da instauração do diálogo social e da consulta prévia à entidade sindical para sua validade, interpretação essa que guarda consonância com os ditames constitucionais e com os Tratados e Convenções Internacionais dos quais o Brasil é signatário (Brasil, 2018c).

Tal entendimento se coaduna com a interpretação dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Lagos del Campo Vs. Peru e, portanto, com a ordem jurídica internacional da qual o Brasil é signatário, especialmente o Artigo 7º da Convenção de Viena, posto que o Art. 477-A da CLT, legislação interna, não tem o condão de afastar os compromissos assumidos pelo Brasil no âmbito internacional. Dentre várias convenções possivelmente aplicáveis, a própria jurisprudência do TST destaca o Artigo 7º da Convenção 154 e o Art. 4º da Conv. 98 da OIT, além do Art. 26 do pacto de San José da Costa Rica.

No caso do precedente Caso Lagos del Campo Vs. Peru, a Corte Interamericana de Direitos Humanos fundamenta adequadamente sua decisão nas normas internacionais pertinentes, inclusive com remissão à convenção 158 da OIT e a consequente necessidade de motivação do ato de dispensa e estabelece diretrizes para um mínimo de estabilidade no emprego em decorrência do direito ao trabalho. Os parâmetros de tal estabilidade no âmbito privado são:

*En particular, determinó que las obligaciones del Estado en cuanto a la protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado, se traduce en principio en los siguientes deberes: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) protege al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado, c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional). Por ende, d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos<sup>64</sup> (Brasil, 2018c).*

O julgamento em epígrafe refere-se à Observação Geral n. 18 sobre o Direito ao Trabalho do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no sentido de que existe o direito de o trabalhador não ser privado injustamente do seu emprego. Na mesma linha da

---

<sup>64</sup> Como correlato do anterior, depreende-se que as obrigações do Estado em relação à proteção do direito à estabilidade no trabalho, no âmbito privado, traduz-se nos seguintes deveres: a) adotar as medidas adequadas para a devida regulação e fiscalização desse direito; b) proteger o trabalhador e a trabalhadora, através dos órgãos competentes, contra a demissão sem justa causa; c) no caso de demissão sem justa causa, remediar a situação (seja através de realocação ou, conforme o caso, mediante indenização e outros benefícios previstos na legislação nacional). Consequentemente, d) o Estado deve contar com mecanismos efetivos de reclamação perante uma situação de demissão injustificada, a fim de garantir o acesso à justiça e à tutela judicial efetiva desses direitos. Tradução disponibilizada pelo MPF (CIDH, 2017).

existência de uma preservação mínima da ocupação do posto de emprego pelo indivíduo concretamente considerado se insere a convenção 158 da OIT, que serve de instrumento para essa preservação mínima, ao estabelecer uma proteção mínima do empregado em face do ato de dispensa por iniciativa do empregador, condicionando-a a exteriorização de um motivo válido.

Ocorre que os precedentes internacionais precisam ser lidos à luz de uma ordem jurídica internacional que se pretende efetiva. E a implementação dos sistemas de proteção de bens jurídicos transnacionais protegidos no âmbito das relações internacionais públicas não se efetivam se os próprios Estados nacionais signatários não levam a sério os compromissos estabelecidos. Por isso, embora desafiador, incumbe ao Estado, mormente ao Juiz, observar essas normas em situações nas quais se constate a presença de suas hipóteses de incidência. Vejamos precedente do TRT3:

[...] Nesse novo cenário de proteção cosmopolita dos direitos, no mínimo exige-se do julgador que atue não apenas como juiz estritamente nacional, senão também como juiz universal, internacionalista, guardião e interprete dos sistemas transnacionais de proteção dos direitos [...].

Dessa feita, e permissa vênha dos d. entendimentos em sentido contrário, não se pode invocar o novel art. 477-A da CLT para afastar aplicação das normas internacionais e os princípios ali consagrados, aos quais voluntariamente o Brasil aderiu.

[...]

O juiz brasileiro não é apenas um juiz nacional, mas um garante do sistema internacional de proteção aos direitos humanos (Minas Gerais, 2018, p.339).

Nesse interim, imprescindível destacar que, não obstante a Convenção 158 da OIT tenha sido objeto de denúncia pelo Estado Brasileiro, tal denúncia realizada unilateralmente pelo poder executivo e, portanto, passível de questionamentos jurídicos internos, ela não foi acolhida pela OIT até o presente momento de 2023, o que leva à conclusão de que o seu Artigo 13<sup>65</sup>, que garante o Direito à Informação quanto aos motivos da dispensa técnica (por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos).

---

<sup>65</sup> “Seção A Consulta aos representantes dos trabalhadores

Art. 13 — 1. Quando o empregador prever término da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos:

a) proporcionará aos representantes dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno, a informação pertinente, incluindo os motivos dos termos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados pelos mesmos e o período durante o qual seriam efetuados esses termos;

b) em conformidade com a legislação e a prática nacionais, oferecerá aos representantes dos trabalhadores interessados, o mais breve que for possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os termos e as medidas para atenuar as consequências (*sic*) adversas de todos os termos para os trabalhadores afetados, por exemplo, achando novos empregos para os mesmos.

2. A aplicação do parágrafo 1 do presente artigo poderá ser limitada, mediante os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção, àqueles casos em que o número de trabalhadores, cuja relação

Nesse sentido, há que se considerar posição doutrinária cristalizada no Enunciado 57 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho realizada pela ANAMATRA para tratar da Reforma Trabalhista sob a coordenação e Revisão do magistrado Guilherme Feliciano. Tal consideração da doutrina remete ao acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico descrito por Luhmann, além de elucidar a submissão dessa licitude/ilicitude às linguagens e programas dos sistemas jurídicos e políticos em suas respectivas dimensões, demonstra que há algo de consenso nesses processos e no seu resultado (embora não o consenso nos moldes Habermasianos). Vejamos o referido Enunciado:

DISPENSA COLETIVA: INCONSTITUCIONALIDADE O art. 477-A da CLT padece de inconstitucionalidade, além de inconveniência, pois viola os artigos 1º, III, IV, 6º, 7º, I, xxvi, 8º, III, VI, 170, caput, III e VIII, 193, da Constituição Federal, como também o artigo 4º da Convenção 98, o artigo 5º da Convenção 154 e o art. 13 da Convenção 158, todas da OIT. Viola, ainda, a vedação de proteção insuficiente e de retrocesso social. As questões relativas à dispensa coletiva deverão observar: a) o direito de informação, transparência e participação da entidade sindical; b) o dever geral de boa fé objetiva; e c) o dever de busca de meios alternativos às demissões em massa (ANAMATRA, 2018, p. 36.)

Ocorre que, apesar do anunciado acima apontar inconstitucionalidade do Artigo 477-A da CLT, a jurisprudência do TST vem se dividindo acerca dessa linha argumentativa. Parte dos julgados faz referência à inconstitucionalidade e a violação das convenções internacionais aplicáveis. Destaca-se, em sentido oposto, a posição do TST pela validade do referido artigo, a par das dispensas coletivas. Desse modo, o referido artigo apenas não teria o condão de afastar o diálogo social decorrente da ordem jurídica internacional e constitucional brasileira. Continuando a afastar a necessidade de autorização, acordo ou convenção coletiva constantes de sua literalidade. Vejamos:

Observa-se, no entanto, que o mencionado dispositivo legal apenas dispensa a autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para a efetivação da dispensa coletiva, o que não afasta a necessidade da instauração do diálogo social e da consulta prévia à entidade sindical para sua validade, interpretação essa que guarda consonância com os ditames constitucionais e com os Tratados e Convenções Internacionais dos quais o Brasil é signatário (Brasil, 2023c, p. 29).

Nota-se que, a despeito do teor do Artigo 477-A da CLT, sua interpretação sistemática, considerando os princípios constitucionais, como a Dignidade da Pessoa Humana, o Valor

de trabalho tiver previsão de ser terminada, for pelo menos igual a uma cifra ou uma porcentagem determinadas do total do pessoal.

3. Para os efeitos do presente artigo, a expressão ‘representantes dos trabalhadores interessados’ aplica-se aos representantes dos trabalhadores reconhecidos como tais pela legislação ou as práticas nacionais, em conformidade com a Convenção sobre os representantes dos trabalhadores, 1971” (OIT, 1982).

Social do Trabalho e a Função Social da Propriedade e da Empresa, restringe a incidência da norma contida no referido artigo celetista em razão da expansão dessas outras normas, que são principiológicas e dialogam com o Direito ao Trabalho e a proteção da sociedade como um todo, a partir de normas cogentes guiadas pela boa-fé objetiva dentro dos limites da razoabilidade.

O Equilíbrio das relações sociais, buscado de um modo (princípio da proteção) no âmbito do Direito Individual do Trabalho, e de outro (diálogo social em pé de igualdade) no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho, é o norte e o valor balizador da teleologia a ser obtida por meio dessa interpretação (função interpretativa dos princípios e constitucionalização do Direito do Trabalho) ou Ponderação (mesmo entre Princípio e Regra, segundo as lições de Ávila [2009]).

Na mesma toada, outras dimensões da discussão do como a ordem jurídica brasileira deve lidar com a dispensa coletiva, tal como a dimensão processualista, não é incompatível com a necessidade da intervenção sindical como elemento procedimental para fins de viabilização do diálogo social no âmbito da relação extintiva de postos de emprego de natureza de Direito Coletivo do Trabalho.

Desse modo, a superação do entendimento de que a discussão da regularidade da dispensa coletiva perante a Justiça do Trabalho se daria pela via do Dissídio Coletivo de Natureza Jurídica em nada impede o ramo especializado de cumprir com a inafastabilidade da jurisdição consagrada no Artigo 5º, XXXV da CF/88 mediante a apreciação da Ação Civil Pública, Ação Civil Coletiva ou Ação Individual Plúrima e seus respectivos objetos.

De plano, releva pontuar que a questão posta nos presentes autos – necessidade de prévia negociação coletiva para a validade e eficácia da dispensa coletiva –, discutida no âmbito de Ação Civil Coletiva, não se insere no entendimento firmado pelo Pleno do TST no julgamento do RO-10782-38.2015.5.03.000, da Relatoria da Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, ocorrido em 18.12.2017, em que, por maioria, resultou decidido que o "Dissídio Coletivo não é a via adequada para tratar da dispensa coletiva de trabalhadores, já que não há pedido de interpretação de normas autônomas ou heterônomas específicas da categoria. Hipótese de Dissídio Individual para tutelar interesse concreto do trabalhador".

Tal decisão do TST Pleno, de efeitos e objetivos processuais, afeta estritamente aos limites do poder normativo, não entrou no mérito do entendimento firmado na SDC do TST, desde 2008, e seguido pela jurisprudência desta Corte Superior Trabalhista, de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores, cuja concretização se mantém passível de discussão no âmbito das ações de dissídio individual, ainda que plúrima, ou de ação civil coletiva. [...]

Tal decisão do TST Pleno, porém, ostenta efeitos e objetivos estritamente processuais, não entrando no mérito da jurisprudência firmada, em 2008, da SDC da Corte Superior Trabalhista. Contudo, do ponto de vista processual, fica claro que somente por intermédio de outras ações judiciais – tal como ação civil pública e/ou a ação civil coletiva –, é que se mostra adequado tratar, na Justiça do Trabalho, desse complexo e importante assunto[...] (Brasil, 2023c, p. 29; 37).

A jurisprudência trabalhista, no que toca o aspecto material da dispensa coletiva, tem referenciado a necessidade de análise da constitucionalidade e da convencionalidade do Artigo 477-A da CLT, de modo que isso se reflete no histórico de precedentes elencado pelo Min. Delgado no ED-RR-10342-90.2018.5.03.0144 (Brasil, 2023c). Onde reiteradamente encontram-se elencados fundamentos para o potencial reconhecimento de uma inconstitucionalidade pelo STF, como a natureza de Lei Ordinária da Lei 13.467/2017 (que precisaria ser complementar para regular o tema do Art. 477-A em conformidade com o Art. 7º, I da CF), contrariedade ao Art. 7º, da CF ao manter a dispensa arbitrária sem não prever indenização compensatória e afastar a negociação coletiva de assunto de Direito Coletivo do Trabalho.

Ademais, como já ressaltado, são diversos os princípios constitucionais em sentido oposto ao teor do Art. 477-A da CLT, muitos já abordados nas linhas anteriores e referenciados incansavelmente na jurisprudência, por exemplo os da Justiça Social, Função Social da Propriedade e da Empresa, Valor Social do Trabalho e Emprego, Dignidade da Pessoa Humana e do Estado Democrático de Direito com seu caráter humanístico, portanto, inclusivo, além de democrático. Não se pode olvidar, diante do Tema 638, que o aludido artigo se afasta das diretrizes constantes do Art. 8º, III e VI da CF ao alijar os sindicatos da proteção da coletividade eventualmente dispensada unilateralmente.

No plano do controle de convencionalidade o panorama é similar, pois o histórico de jurisprudência do ED-RR-10342-90.2018.5.03.0144 (Brasil, 2023c) também faz referência ao já abordado princípio de vedação ao retrocesso ou proibição de retrocesso social, a partir dos tratados internacionais, ou mesmo da ordem constitucional interna, seja no paradigma do Art. 5 § 2º ou do próprio Caput do Artigo 7º da Constituição.

Nessa longa decisão de 61 laudas, em que consta o histórico de precedentes da corte que a fundamenta, há em meio a argumentos pela inconstitucionalidade e pela inconveniência ou a interpretação conforme do Art. 477-A da CLT, múltiplas remissões ao caso Embraer, como quando se diz que “[...]o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, firmado em 2009, no julgamento na SDC do DC-00309/2009-000-15-00.4, [...]em nenhum momento impôs como premissa a obrigatoriedade de ‘autorização prévia do sindicato’” (Brasil, 2023c, p. 47)

Em todos esses casos, a Doutrina corrobora em grande medida tal entendimento, seja no plano internacional, chegando a citar o constitucionalista J. Canotilho (Portugal), ou no Brasil,

Lorena Porto e Augusto Meirinho, que em artigo sobre a dispensa coletiva no contexto específico da pandemia de Covid-19 em 2020 afirmaram que:

[...]deve o empregador comprovar cabalmente a impossibilidade de adoção das medidas alternativas previstas nas Medidas Provisórias n. 927/2020 e n. 936/2020, que asseguram a manutenção do contrato de emprego, sob pena de invalidade da dispensa coletiva, a qual, portanto, somente pode ser realizada como *ultima ratio* (Porto; Meirinho, 2020, p. 478)

Os mesmos autores, dialogam com a jurisprudência trabalhista, de modo que citam normas internacionais aplicáveis a partir do uso do Direito Comparado previsto no Art. 8º da CLT, também fazem remissão à presença dessas normas na fundamentação de acórdãos da lavra do pelo TRT-3 e do TRT-2, anteriores ao referido Artigo de 2020. O referido artigo doutrinário, por sua vez, ao fazer apanhado de legislação internacional aplicável às dispensas coletivas, veio a ser citado em 2023 no histórico de jurisprudência constante do bojo do acórdão do TST no ED-RR-10342-90.2018.5.03.0144 (Brasil, 2023c)<sup>66</sup>.

O acórdão de relatoria do Min. Delgado elenca exemplos de regulamentação do tema no direito estrangeiro com o objetivo de parametrizar a conceituação da dispensa coletiva (apontando seus parâmetros qualitativos, quantitativos e temporais, bem como o requisito formal de validade da submissão à negociação coletiva prévia). Tais parâmetros de caracterização da dispensa coletiva são distintos entre si e parecem ter sido pinçados de países bastantes dispares, em diferentes continentes, como em Angola<sup>67</sup>, na África, França, Itália,

---

<sup>66</sup> “Na Dinamarca, há dispensa coletiva quando são desligados ao menos 30 trabalhadores em empresas que normalmente empregam no mínimo 300 empregados (Lei sobre as Dispensas Coletivas, que repete os critérios previstos na Diretiva n. 59, de 1998, da União Europeia).

Na Finlândia, há dispensa coletiva quando são desligados ao menos 10 trabalhadores em empresas que empregam no mínimo 20 empregados (Lei sobre as Dispensas Coletivas, que repete os critérios previstos na Diretiva n. 59, de 1998, da União Europeia). Na Inglaterra, há dispensa coletiva quando são desligados ao menos 20 empregados, nos termos do ‘Collective Redundancies and Transfer of Undertakings (Protection of Employment) (Amendment) Regulations’.

Nos Estados Unidos, há dispensa coletiva quando são desligados ao menos 50 empregados, em empresas que ocupam no mínimo 100 trabalhadores, no período de 30 dias, conforme o ‘Worker Adjustment and Retraining Notification Act’.

No Japão, há dispensa coletiva quando são desligados mais 30 empregados no período de 1 mês, conforme o ‘Worker Adjustment and Retraining Notification Act’” (Porto; Meirinho, 2020, p. 491-492).

<sup>67</sup> **SUBSECÇÃO III - Despedimento Individual por Causas Objectivas** - ARTIGO 210.º (Fundamentos) - Ocorrendo motivos económicos, tecnológicos ou estruturais devidamente comprovados que impliquem reorganização ou reconversão interna, redução ou encerramento de actividade e destes factos resultar a necessidade de extinguir ou transformar de forma substancial postos de trabalho, pode o empregador promover o despedimento dos trabalhadores que ocupem esses postos.

[...]

**SECÇÃO IV - Despedimento Colectivo** - ARTIGO 216.º (Aplicação do processo de despedimento colectivo) - Sempre que, pelos fundamentos indicados no artigo 210.º, a extinção ou transformação dos postos de trabalho afecte simultaneamente o emprego de mais de 20 trabalhadores, aplica-se o procedimento de despedimento colectivo (Angola, 2015).

Portugal, Espanha, Dinamarca, Finlândia e Inglaterra na Europa, além de Estados Unidos e Argentina na América e Japão na Ásia (Brasil, 2023c, p. 42-43).

Quanto a essas fontes do Direito Comparado, opta-se por não aprofundar na análise das fontes legais em sites oficiais no bojo do relatório de pesquisa em razão da diversidade de características sociais e econômicas dos países, que se distanciam das características do Brasil e demandariam uma análise profunda para fins de estudo de Direito Comparado e sua utilização de maneira científica. O que fugiria do escopo da pesquisa.

O Tema 638 de Repercussão Geral do STF, com o deve ser, também é citado pela jurisprudência que lhe é posterior, com especial alusão à observância imperiosa dos ditames da boa-fé objetiva e seus consectários (já abordados em tópico pertinente) (Brasil, 2023c, p. 49) e da repercussão da inobservância do dever de diálogo prévio, leal e efetivo na validade da dispensa em massa de trabalhadores. (Brasil, 2023c, p. 51).

Embora se encontre no histórico jurisprudencial do TST posterior à decisão do Tema 638 do STF, decisões que invalidem demissões coletivas em desconformidade com a tese fixada pelo Supremo, inclusive no sentido de que cabe ao Estado “impor as medidas necessárias à reparação do direito violado, que garantam aos empregados dispensados um resultado equivalente[...]” (Brasil, 2023c, p. 51), já ressaltamos que o entendimento mais recente e atualmente prevalecente é no sentido de que os danos possuem dimensão coletiva e a reparação deve se dar nessa mesma dimensão e por instrumentos processuais aptos a tutelar essa espécie de direitos.

Desse modo, o TST tem buscado observar a tese fixada em regime de Repercussão Geral pelo STF sem intervir indevidamente na livre iniciativa e nos direitos patrimoniais e de gestão das empresas pois a “reintegração dos empregados dispensados, importaria em incabível transferência diretiva e intervenção estatal na gestão empresarial, não acolhida pelo STF na tese do Tema 638 da Repercussão Geral” (Brasil, 2023c, p. 51). De outra banda, a declaração da invalidade da dispensa coletiva sem qualquer disposição condenatória como consequência tornaria a decisão ineficaz, tornando a prevalência da necessidade de imposição de limites jurídicos a tal dispensa uma “vitória de pirro” (Brasil 2023c, p. 54).

Chama a atenção na jurisprudência trabalhista que, o polo da categoria econômica, mesmo ciente do dever de negociar, chama o sindicato para a negociação com a decisão da dispensa já tomada. Ou seja, busca uma simulação de negociação para conferir aparência de

cumprimento das normas principiológicas aplicáveis ou apenas para negociar verbas rescisórias.

Não se notou nos casos que resultaram no reconhecimento de invalidade da dispensa coletiva um apreço pela mitigação dos efeitos nocivos desse ato coletivo empresarial. As decisões dos tribunais comumente fizeram referência a reuniões com o sindicato marcadas para o mesmo dia da realização da dispensa coletiva (inclusive com confissão de que a decisão já estava tomada), bem como para a total ausência de medidas mitigadoras dos efeitos nocivos da dispensa coletiva no bojo da proposta de contrato coletivo formulado pelas empresas antes e depois de sentar para negociar com o sindicato. Foi o que ocorreu no ED-RR-10342-90.2018.5.03.0144, quando o TRT não constatou qualquer medida paliativa cogitada ou apresentada pela categoria econômica (Brasil, 2023c, *passim*).

Igualmente relevante é notar que há diversas previsões na Lei e na doutrina da expressão contrato coletivo. Expressão que já gerou alguma discussão na doutrina, mas que levou ao entendimento prevalecente de que é um gênero que abrange o acordo coletivo de trabalho e a convenção coletiva de trabalho. Mas se entendermos que o contrato coletivo é justamente a negociação coletiva que não se enquadra no conceito de acordo coletivo de trabalho nem no de convenção coletiva de trabalho, podemos encontrar, mediante interpretação sistemática, a previsão do instrumento resultante do dever negocial reconhecido pelo supremo.

O ED-RR-10342-90.2018.5.03.0144 foi julgado em 19 de abril de 2023, assinado digitalmente na mesma data e em seu mérito apreciou Embargos de Declaração da requerida para fins de combater erro material no julgado, bem como contradição. O TST conheceu o recurso e lhe deu provimento parcial, deferindo-o quanto ao erro material, que foi sanado. O indeferimento da alegação de contradição se deu por uma questão processual, posto que o argumento aduzido pela requerida não configura juridicamente contradição<sup>68</sup>, não merecendo reforma pela via eleita.

Considerando a evolução jurisprudencial acerca da dispensa coletiva no âmbito do judiciário trabalhista, antes e depois da decisão do STF no Tema 638 de Repercussão Geral,

---

<sup>68</sup> “[...] a decisão será contraditória quando nela existirem proposições inconciliáveis entre si. Assim, a contradição que autoriza a oposição de embargos de declaração é aquela existente no próprio julgado, o que não inclui a contradição do julgado com a lei, com outro julgado existente nos mesmos autos ou, ainda, com o entendimento da parte” (Brasil, 2023c, p.60).

especialmente nos tribunais, nota-se uma tentativa de compatibilizar o entendimento do TST do caso Embraer, anterior à decisão do STF com a tese fixada no Tema 638.

O judiciário trabalhista tem buscado decidir os casos de dispensa coletiva levados a sua apreciação de modo a estabelecer uma coerência das consequências do descumprimento do dever negocial reconhecido e do modo de efetivação desse direito em conformidade com o acesso à justiça mediante o direito fundamental à inafastabilidade do poder judiciário. Essa apreciação deve se dar em conformidade com todo o arcabouço normativo constitucional, supralegal e processual aplicável à generalidade dos processos que tutelam interesses abrangidos pelo ramo do Direito Coletivo do Trabalho.

Esse tem sido o mote do TST nas suas mais recentes decisões por seus diversos órgãos jurisdicionais, buscando conferir coerência e uniformidade às decisões, nos termos do Art. 926 do CPC (Brasil, 2015). Desse modo, o TST tem desempenhado importante papel ao assegurar a efetividade da decisão do supremo nas instâncias a ele subordinadas hierarquicamente, a despeito da regulamentação predominantemente principiológica do tema em nossa ordem jurídica.

#### 4.10 ALTERNATIVAS À DISPENSA COLETIVA

Tal construção tem por base a doutrina do dever de acomodação, sendo que, conforme destaca Martel (2011), o instituto do dever de acomodação tem se difundido pela Europa e Canadá desde seu surgimento nos EUA, e foi adotado na Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU – CDPD/ONU – (convenção incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com status de norma constitucional, como ressalta Martel). “Na última década, muitos países europeus e a UE fertilizaram seus ordenamentos com os conceitos de acomodação razoável e de ônus indevido. Há poucos anos, com a aprovação da CDPD/ONU, eles foram adotados no cenário de proteção global de Direitos Humanos” (Martel, 2011).

A doutrina brasileira está atenta para o tema, que é utilizado em regra para a implementação de direitos de liberdade religiosa e acessibilidade quando indevidamente mitigados ou obstados diante de simples dificuldades de planejamento ou aparentes dificuldades econômicas, conforme relatam em suas pesquisas Aloisio Santos Junior e Letícia Martel.

Considerando o histórico do dever de acomodação, que embora não fosse inicialmente previsto em dispositivo normativo nos EUA – embora Santos Junior destaque referência normativa nas diretrizes da Comissão para Igualdade de Oportunidades de Emprego criada pelo *Civil Rights Act* em 1964 e um acréscimo no Título VII de iniciativa do Congresso em 1972 refletindo as diretrizes da aludida comissão (Santos Junior, 2013, p. 225-226) – pôde ser observado ao menos em sua *ratio* em decisões pontuais dos tribunais americanos sobre liberdade religiosa nas décadas de 1960 e 1970.

Desde o *Americans with Disabilities Act* (ADA) de 1990, que positivou o tema, o dever de acomodação ou acomodação razoável tem assumido lugar de certo destaque nas discussões jurídicas (Martel, 2011), o exposto até agora não é algo absolutamente inovador, revolucionário ou destoante da evolução do tema nas décadas recentes. Não à toa, ressalta Santos Júnior que “O *duty of reasonable accomodation* vem sendo trabalhado há bastante tempo no direito comparado, notadamente nos Estados Unidos, de onde tem emigrado para outros países” (Santos Junior, 2013. p. 224).

O conservadorismo inicial da jurisprudência estadunidense é ressaltado por Santos Junior nas conclusões do caso *TWA v. Hardison*, em que a Corte considerou absurdo interpretar que o termo “razoável acomodação” tenha sido o meio do congresso americano dizer que “um empregador deveria negar as preferências de trabalho de alguns funcionários, bem como privá-los de direitos contratuais, a fim de acomodar ou priorizar as necessidades religiosas de outros” (Santos Junior, 2013, p. 228).

Ademais, os benefícios coletivos do instituto se coadunam com o tema da dispensa coletiva e a necessidade de mitigação de seus efeitos sociais deletérios. Essa afirmação pode ganhar força diante dos fundamentos da tese defendida por Santos Júnior na qual ele conclui que “[...] o reconhecimento de um dever de acomodação é uma exigência do sistema jurídico brasileiro” (Santos Junior, 2013, p. 225). “Emens descarta a hipótese de os benefícios atingirem apenas o indivíduo que requer a acomodação, demonstrando que eles podem se alastrar para o sujeito passivo do dever de acomodar, para partes secundárias e terceiros, direta ou indiretamente” (Emens *apud* Martel, 2011).

Também no âmbito jurisprudencial Canadense floresceu o tema do dever de acomodação, que recebeu interpretação e dimensionamento mais condizente com sua finalidade – avançando com relação à interpretação que inicialmente foi dada pelas cortes americanas, a exemplo do julgamento do Caso *WA v. Hardison* em que “o tribunal concluiu, por fim, que exigir da TWA que suportasse mais que um custo *de minimis*, com o objetivo de

dar a Hardison folga aos sábados, representaria um encargo excessivo (*undue hardship*) (Santos Junior, 2013, p. 229) –, pelo que é possível falar de avanços nessa doutrina, como se percebe em Martel (2011).

A conformação Canadense destacou que “a acomodação deixará de ser razoável se e somente se houver prova de que causará ônus indevido a quem deve acomodar (Malhotra *apud* Martel, 2011), ou seja, a expressão “se e somente se” é eloquente para destacar que o dever de acomodação implica sempre a assunção de um ônus em certa medida, o que conseqüentemente reflete numa atração de ônus argumentativo para seu sujeito passivo, conforme mencionado antes. Ademais, a Corte canadense não restringiu os sujeitos passivos vinculados ao dever de acomodar reputando diversos sujeitos privados como sujeitos passivos do dever de acomodação, como condomínios residenciais e sindicatos conforme ressalta Martel (2011).

A Comissão para Igualdade de Oportunidades de Emprego (conhecida pela sigla em inglês: EEOC), após a decisão do caso Hardison pela Suprema Corte, revisou mais uma vez suas diretrizes, nessa toada buscou esclarecer o que seria esse custo *de minimis*.

A EEOC passou a entender, ademais, que um empregador somente poderia alegar encargo excessivo para justificar a recusa em acomodar se pudesse demonstrar que a acomodação exigiria mais do que um curso *de minimis*, cabendo à comissão definir no caso concreto o que desbordaria desse limite, levando em consideração, para tanto, os custos operacionais da empresa, o seu tamanho e o número de indivíduos que necessitariam de acomodação (Santos Junior, 2013, p. 229).

Na linha da observância do princípio da boa-fé, que tem sido enfatizada nessa pesquisa, há de se ressaltar que trata-se de princípio que deve pautar as relações jurídicas em geral, nos termos do escólio de Wandelli, não se tratando, portanto, de diretriz jurídica caracterizadora de exagerado intervencionismo na liberdade e propriedade.

O parâmetro para essa afirmação é a observância de que o berço do desenvolvimento dessa doutrina é os Estados Unidos, país notadamente marcado por uma tradição liberal que coíbe ao máximo intervenções nos direitos de propriedade e liberdade – Destacando que é nesse contexto que Santos Junior aponta que “não obstante a tendência restritiva revelada nas decisões da Suprema Corte [...], os tribunais inferiores continuaram a interpretar o dever de acomodação conferindo-lhe uma maior amplitude (Santos Junior, 2013, p. 231) – em comparação com outros países de tradição mais social, como Portugal e Espanha.

De qualquer modo é visível na doutrina americana o sentimento de que os tribunais inferiores são muito mais inclinados que a Suprema Corte para procurar a verdade escondida por trás dos argumentos de fachada apresentados por alguns empregadores unicamente com o intuito de não deixar transparecer a sua oposição

em envolver-se no processo de acomodação. Mas, ao mesmo tempo, esses tribunais raramente apresentam empatia com o trabalhador que se recusa à negociação e bloqueia os esforços do empregador visando à acomodação de suas necessidades religiosas (Santos Junior, 2013, p. 233.).

De fato o surgimento do instituto ocorre no contexto da interseção entre direito de propriedade e liberdade (religiosa), sendo que o contexto em que se insere a dispensa coletiva é uma interseção entre o direito de propriedade, sua função social e o direito ao trabalho, mas não se deve olvidar que o direito ao trabalho envolve uma faceta de liberdade, a liberdade de trabalhar, que no âmbito da relação formal de emprego envolve a necessidade de algumas condições materiais como possibilidade de capacitação para o trabalho – educação para o trabalho, como destaca Gomes (2008) – e existência de postos de trabalho/emprego.

Ressaltando a ênfase na observância da boa-fé, que não é sinônimo de intervencionismo estatal, embora possa resultar em intervencionismo diante de eventuais descumprimentos, merece ser observada a seguinte evolução do tema sempre tendo em vista a boa-fé objetiva e a função social da empresa:

Assentou-se, assim, que o empregador é o responsável por iniciar a discussão, baseada na boa-fé, com vistas a determinar se as crenças e as práticas religiosas dos empregados podem ser acomodadas, ao passo que também é exigida destes a boa-fé na avaliação dos meios oferecidos pelo empregador. No esforço de uma solução, o empregador e o trabalhador têm o dever de cooperar um com o outro (Santos Junior, 2013, p. 230).

A fundamentalidade material da negociação coletiva na dispensa em massa e a concretização de uma negociação substancial e transparente, observando a boa-fé objetiva vincula empregadores e sindicatos e pode vincular a classe trabalhadora como um todo. Quando a CF prevê direitos fundamentais dos trabalhadores a serem observados pelos empregadores, não deixa dúvidas de que estes são vinculados ao cumprimento dos direitos fundamentais (nesse sentido Martel, 2011), ressaltando que é amplamente dominante na doutrina a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, vinculando particulares diretamente, nos moldes exaustivamente já abordados (nesse sentido Daniel Sarmento, Ingo Sarlet, Júlio Amaral e outros).

A boa-fé objetiva na negociação coletiva (em especial, cooperação e transparência), notadamente tendo em vista o dever de acomodação, é inclusive perceptível na conclusão de Martel em seu trabalho sobre o tema quando a autora afirma que “a adaptação razoável há de ser produto de um processo de diálogo entre os envolvidos” (Martel, 2011).

A base dos argumentos esposados para a conclusão pela imprescindibilidade da negociação coletiva nas dispensas coletivas e do dever de acomodação como instrumento de

sua realização substancial à luz da boa-fé objetiva está fundamentada em diversos dispositivos de nível hierárquico constitucional, dotados tanto de fundamentalidade formal quanto de fundamentalidade material, conseqüentemente implicando na fundamentalidade material da realização de negociação coletiva nas despedidas coletivas. É essa a linha de entendimento seguida pela melhor doutrina.

Por outro lado, se princípios constitucionais são comandos deônticos, a imposição de um dever pode ser extraída diretamente do texto da Constituição, à míngua de atuação do legislador infraconstitucional. O caráter principiológico dos direitos fundamentais, por si só, rechaça o argumento fundado no silêncio legislativo, cuja puerilidade torna-se patente quando se considera a posição de supremacia que a Constituição ostenta sobre a lei e, ainda, o fato de que não mais é possível atribuir aos princípios constitucionais caráter meramente programático (Santos Junior, 2013, p. 235).

Como já foi dito, o dever de acomodação é consideravelmente limitado na doutrina americana, e não há como negar que a ausência de limites adequados pode trazer dificuldades para o exercício da atividade econômica empresarial de maneira viável. Assim diz-se que “uma maneira de reduzir a natureza potencialmente onerosa do dever de acomodação é a de impor um limite baixo para o custo que justifica a inobservância do dever de acomodar” (Santos Junior, 2013, p. 239).

Seja com o nome de custo *de minimis* ou de *undue hardship*, os parâmetros para a aferição desse ônus indevido devem ser pertinentes, pois o equívoco grave nesses parâmetros compromete toda a finalidade do instituto, em especial no caso das dispensas coletivas, que por vezes são motivadas em dificuldades econômicas da empresa.

É sabido que uma empresa em dificuldades econômicas, se forçada a manter contratos em observância ao princípio do direito ao trabalho mediante uma medida de gestão inadequada e impertinente, pode ocasionar o encerramento de suas atividades com a perda de todos e não apenas alguns postos de emprego, comprometendo definitivamente a finalidade do instituto do dever de acomodação. Assim, não se pode exigir:

Qualquer coisa a mais que um custo de *minimis*, permitindo que as condições econômicas, permanentes ou momentâneas, e mesmo as reclamações de outros trabalhadores possam ser usadas como evidência de que a acomodação irá causar dificuldades excessivas à condução dos negócios (Santos Junior, 2013, p. 239).

Segundo a melhor doutrina a medida para a aferição desse ônus a ser assumido pelo empregador está entre um patamar que não torne o dever de acomodação inteiramente inútil por autorizar sua inobservância na totalidade das vezes e um nível que não inviabilize a continuação da atividade econômica. Ademais, para que seja possível escusar-se do cumprimento desse dever de acomodação, não basta a alegação de possíveis inconvenientes,

deve haver prova de que houve de fato inconvenientes que não permitiram a implementação da acomodação.

Diante da dispensa coletiva há ainda um ponto delicado, que é a tendência de que os planos de gestão apresentados pelos representantes dos empregados para a redução de custos sem a extinção dos postos de emprego impliquem diminuição dos rendimentos de grande parte ou todos os empregados da empresa envolvida. Nessa circunstância o ideal é que essa diminuição seja pequena, transitória e acompanhada de uma redução da jornada de trabalho (sabendo que a diminuição da produtividade da empresa daí decorrente é compatível com a situação de dispensa coletiva, que naturalmente, regra geral, acarreta uma diminuição da produtividade).

Uma análise acurada do arcabouço normativo nacional pertinente ao tema da dispensa coletiva, permite verificar que esse instituto não fica alheio às normas constitucionais, especialmente as consagradoras de direitos fundamentais. Diante dos efeitos nocivos que decorrem dessa prática que por vezes é inevitável para as empresas observa-se que a negociação coletiva é o instrumento jurídico presente no ordenamento para a efetivação dos direitos que precisam ser observados numa dispensa em massa.

Apesar de outros ordenamentos tratarem a dispensa coletiva com mais detalhamento, o ordenamento jurídico brasileiro a conforma por meio de princípios de direitos fundamentais previstos mediante a utilização de princípios que lhe impõem limites especialmente determinando a necessidade da mitigação de seus efeitos negativos. Porém no tocante à delimitação conceitual do que seja a dispensa coletiva, essa está disponível na doutrina, comportando classificações de acordo com sua origem e finalidade de acordo com uma série de características.

Ressalta-se que as espécies de dispensa, no tocante à nomenclatura adotada pela doutrina a décadas, foram prestigiadas pelo legislador infraconstitucional no Art. 477-A da reforma trabalhista de 2017, não obstante o entendimento dessa pesquisa que conclui por sua inconstitucionalidade (que poderia ser sanada mediante declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto), o que se enfatiza nesse ponto é que não há falar em ausência de parâmetro, conceito ou regulamentação.

Como dito, o Art. 477-A da reforma trabalhista de 2017 contraria frontalmente o arcabouço normativo de direitos fundamentais elencado nessa pesquisa, vai de encontro à finalidade da negociação coletiva e à existência da representação trabalhista (sindicatos)

legitimada constitucionalmente para defender os direitos e interesses dos trabalhadores, inobservando todos os preceitos constitucionais que impõem a mitigação dos efeitos maléficos da dispensa em massa e negando a fundamentalidade material da negociação coletiva.

Não se pode perder de vista que a positivação da ausência de limites à dispensa massiva baseia-se em uma compreensão das relações trabalhistas num mercado voltado para a satisfação de interesses voltados para a fluência e multiplicação do capital, ou seja, em benefício dos que titularizam na ordem social esse capital (compreenda-se ele como sujeito irracional hipostasiado, na esteira de Robert Kurz ou como objeto submetido à vontade e a lógica do capitalista), buscando efetivar o que essa racionalidade lhe apresenta como benéfico para a sociedade capitalista de mercado. Por outro lado, a análise crítica dessa estratégia pode ser guiada por uma perspectiva, de algum modo intermediária, do Socialismo Fabiano, uma vertente filosófica intervencionista proveniente de uma associação de intelectuais ingleses em 1884, veementemente contrária ao socialismo revolucionário, porém firmemente convicta da indispensabilidade do intervencionismo por meio de leis, a ponto de afirmar que os empregadores precisam ser moralizados por meio de leis, por mais benévolos que eles possam ser em seus propósitos (Barbagelata, 2012, p. 63).

Do ponto de vista dogmático, ou seja, juridicamente isso deveria ocorrer, pois o preceito normativo da reforma é hierarquicamente inferior aos direitos fundamentais ao trabalho, da função social da empresa, da boa-fé objetiva e da negociação coletiva, de modo que a reforma deve retirar desses e outros direitos seu fundamento de validade, e não ignorá-los. O que além de inconstitucional é inconveniente.

Considerando-se a conveniência social e política de assegurar-se a continuidade do emprego seria aceitável o regime legal, que, nessa hipótese, estando comprovada a viabilidade do aproveitamento, fosse obrigatório para o empregador e irrecusável ao empregado, ainda quando o serviço não fosse idêntico mas estivesse em limites toleráveis a sua alteração. O interesse de conservar os empregos do estabelecimento extinto poderia determinar até a dispensa de outros empregados da empresa com menor tempo de serviço ou em condições de ser – a despedida –, menos danosa (Gomes, 1974, p. 576).<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> Não obstante a total coerência na preferência dos mais novos aos mais antigos em razão dos prováveis encargos familiares e das chances de recolocação no mercado, parece muito salutar que antes da dispensa seja facultado aos empregados optar por aderir a um plano de incentivo à demissão voluntária, pois em alguns casos o mais antigo pode ser justamente o que possui mais possibilidades de recolocação, podendo o próprio empregado avaliar sua situação, especialmente em razão da objetividade de seleção advinda das próprias causas da dispensa coletiva nos termos do seu conceito já referido no capítulo 1.

A pretensão de aniquilação dos direitos fundamentais por essa norma infraconstitucional juridicamente não é possível por ser hierarquicamente inferior a tais direitos que constituem o núcleo duro do direito constitucional, tendo o único efeito de eivá-la do vício de inconstitucionalidade material. E diante da fundamentalidade material da negociação coletiva, em especial no caso de dispensas em massa, impõe não somente que seja necessária a negociação para que se realize uma dispensa coletiva, mas que a negociação seja efetiva e de boa-fé.

É a boa-fé que vai guiar a negociação coletiva na dispensa em massa, devendo as partes cooperar uma com a outra, proceder com transparência, lealdade e prestando informações com vistas ao alcance da melhor solução para ambas as partes, para a sociedade e para a economia local. Sendo que se faz imprescindível para a estabilização do referido estado de coisas, que se observe o corolário da boa-fé objetiva que veda o exercício danoso inútil do direito ou de uma faculdade. Pois “de qualquer sorte, seja qual for o fundamento, a dispensa coletiva para reestruturação da empresa não pode ser encarada como uma soma de despedidas individuais, nem na comissão, nem nos efeitos” (Gomes, 1974, p. 577-578).

O ideal é que as partes procedam observando a boa-fé para que se realize uma negociação coletiva efetiva, o que chamou-se de negociação coletiva substancial, e não meramente formal ou aparente, sem a finalidade de chegar a uma solução mais adequada e menos nociva para a situação pretensamente ensejadora de uma dispensa coletiva. Entretanto é cediço que nem sempre isso irá ocorrer, o que atrai a verificação de um instituto jurídico que possibilite a implementação da negociação coletiva substancial de modo compatível com o ordenamento jurídico pátrio.

Esse instituto é o Dever de Acomodação (ou em inglês, *Duty of Accommodation*), instituto jurídico surgido na jurisprudência estadunidense inicialmente para acomodar o direito de liberdade religiosa (em especial no ambiente de trabalho), comumente invocado para acomodar o exercício de direitos de pessoas com deficiência (inclusive no ambiente de trabalho) e que após ganhar previsão normativa no direito norte americano ganhou espaço no Canadá e em outros países ao redor do mundo mediante previsão em normatividade internacional, conforme relatos dos autores estudados.

No Brasil ainda são poucos os estudos desse instituto, entretanto é indiscutível sua utilidade para a implementação de direitos, bem como aferível sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, se mostra razoável a utilização instituto do dever de acomodação para que o empregador observe o direito fundamental ao trabalho e

aceite propostas alternativas à dispensa coletiva quando não haja uma diferença econômica entre a proposta e a dispensa coletiva, evitando assim o exercício danoso inútil da faculdade do empregador dispensar seus empregados. Ou ainda que, diante de algum ônus em atender tal proposta alternativa, que se verifique se tal ônus é um custo substancial, que seria um ônus indevido ou se tal custo constitui um “custo *de minimis*” ou seja, um custo mínimo que não afeta a viabilidade da medida alternativa à dispensa coletiva e da empresa.

Diante da ausência de custo, ou ainda que haja um ônus, se esse ônus impõe um custo baixo, que não inviabiliza a atividade econômica, será necessário que a empresa, observando sua função social e de boa-fé, cumpra com o dever de acomodar o direito dos trabalhadores que seriam dispensados em nome da manutenção dos postos de emprego e da prevenção de efeitos nocivos para a sociedade e para a economia.

Uma dificuldade com a qual a representação dos trabalhadores precisa lidar nessa busca pela concretização de uma negociação coletiva substancial é o chamado “negacionismo negocial”. Desde já, mister ressaltar que o tema do negacionismo negocial não recebe a atenção que deveria no âmbito do estudo das condutas antissindicais. Entretanto, na prática, a eliminação dos espaços destinados à negociação e a recusa injustificada (e, portanto, abusiva) à negociação cria comumente situações de ilegalidade, demandando a judicialização desses casos e conturbando o mercado de trabalho, além de macular a imagem do país perante a comunidade internacional diante do reconhecimento de práticas antissindicais no âmbito público e privado pelas entidades internacionais.

Ademais, tal conduta recalcitrante é contrária ao espírito da lei, pois recebeu do legislador celetista em redação dada em 1967 a atenção que demanda tal atitude abusiva, mediante procedimento administrativo e previsão normativa norteadora da atividade jurisdicional na apreciação do tema. Vejamos:

Art. 616 - Os Sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, (*sic*) inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

§ 1º Verificando-se recusa à negociação coletiva, cabe aos Sindicatos ou empresas (*sic*) interessadas dar ciência do fato, conforme o caso, ao Departamento Nacional do Trabalho ou aos órgãos regionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social, para convocação compulsória dos Sindicatos ou empresas (*sic*) recalcitrantes. (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

§ 2º No caso de persistir a recusa à negociação coletiva, pelo desatendimento às convocações feitas pelo Departamento Nacional do Trabalho ou órgãos regionais do Ministério de Trabalho e Previdência Social, ou se malograr a negociação entabulada, é facultada aos Sindicatos ou empresas (*sic*) interessadas a instauração de dissídio coletivo. (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967) (Brasil, 1943).

Apesar da influência de questões ideológicas, nos momentos de crise essa prática se intensifica, como mostra a pesquisa de Denise Dau, retratando a extinção em 2019 pelo governo federal da Mesa Nacional de Negociação Permanente do Sistema Único de Saúde (MNNP-SUS) e da Mesa Nacional de Negociação Permanente do serviço público federal, bem como a não disponibilização do Sistema de Negociação Permanente (SINP) diante de algumas greves (em especial a dos trabalhadores de educação) ocorridas em São Paulo durante a pandemia de Covid-19 (Dau, 2021, p. 25-27).

A postura do governo num Estado de Direito, seja em âmbito Estadual ou Federal, deve ser de cumprimento da legislação nacional e da normatividade internacional a que voluntariamente aderiu. Entretanto, no Brasil, o Estado (em todas as suas esferas) acaba sendo um dos maiores violadores de direitos (especialmente dos trabalhadores, sejam estatutários, ou celetista, que são o foco da presente pesquisa, independentemente de serem contratados diretamente ou terceirizados).

Essa afirmação acerca do Estado brasileiro é referenciada, não somente a partir de notícias e do número de processos e condenações judiciais em face do Estado, mas especialmente, para focar nas condutas antissindiciais, com base nos relatos de perseguição de trabalhadores que lutaram por condições mínimas de trabalho no setor público na área de saúde, como no caso em que “cinco trabalhadores municipais da saúde de São Paulo são punidos e transferidos do Hospital Municipal Carmino Caricchio, no bairro do Tatuapé, por informarem a falta de equipamentos, insumos e medicamentos” (Dau, 2021, p. 26). E que não foi um caso isolado, pois a afirmação de que o Hospital das Clínicas de Ribeirão Preto não assegurava um ambiente de trabalho com condições seguras para o trabalho e atendimento acarretou aos sindicalistas que faziam parte do quadro do referido hospital, uma suspensão por 30 dias além de uma apuração de sua conduta mediante processo administrativo cujo resultado não foi informado pela pesquisadora (Dau, 2021, p. 26).

Essa situação adversa que a realidade do trabalho apresenta, mormente em tempos de crise, tem sido combatida na prática, mas parece haver uma necessidade de adoção de estratégias cada vez mais efetivas para assegurar o direito à livre negociação coletiva. Essa busca, em muitos casos ocorre pela via judicial, como foi o caso da ação ajuizada pelo Sindicato dos Trabalhadores Públicos da Saúde de São Paulo diante da falta de fornecimento de EPI's (motivo que ensejou ação similar em Belo Horizonte (Dau, 2021, p. 26). Além dessas ações perante o judiciário nacional, destaca-se a atuação perante organismos internacionais, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e o Comitê de

Liberdade Sindical da OIT que deram resultados profícuos, como no caso da manifestação da OIT acerca das queixas 3344 e 3293 respectivamente:

[...]Sobre práticas antissindicais do Poder Judiciário do Estado do Maranhão. Práticas que iam desde intimidação, calúnia e difamação de dirigentes sindicais até a recusa em efetivar a negociação da reposição das horas e do respectivo desconto dos dias referentes a uma greve declarada “ilegal,” ocorrida em 2015.

[...]

A decisão da OIT (caso 3293) afirma que o Brasil ratificou a Convenção 98, sobre o direito de sindicalização e negociação coletiva, a Convenção 151, sobre as relações de trabalho na administração pública, e a Convenção 154, sobre a negociação coletiva, e, portanto, ‘(...) incorreu em atos e práticas antissindicais ao negar-se a receber os representantes do sindicato e a entabular negociações, portanto com a intenção de deslegitimar o SINDJUS-MA como representante dos servidores da justiça’ (Dau, 2021, p. 27).

Na esteira do que está sendo destacado a partir de múltiplos pontos de vista na presente pesquisa, Denise Dau (2021) sugere que as estratégias de ampliação das bases de representatividade sindical se apresenta como um caminho auspicioso, e a convida a que possamos experimentar novas formas de organização sindical, para adquirir mais força e representatividade no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho, independentemente de diversidades contratuais e subjetividades, para assim combater os obstáculos à negociação coletiva, sejam eles provenientes da regulamentação flexibilizante, das inovações tecnológicas, do individualismo ou mesmo de eventual viés autoritarista (Dau, 2021, p. 27-28).

A sugestão de Denise Dau, segue a predição sobre o futuro do Direito do Trabalho feita por Mario Giovanni Garofalo, catedrático da Universidade de Bari, que reconhece a função legitimadora das relações capitalistas de poder que o Direito do Trabalho também exerce. Ele afirma que o ramo juslaboral deve reconhecer suas próprias limitações, não se preocupar somente com a relação de emprego e compreender que a questão social não se dá somente no trabalho subordinado, por isso os grandes sindicatos precisam voltar sua atenção e produção normativa para os grupos que se encontram sob novas condições de trabalho e, por isso, desprovidos de proteção (Barbagelata, 2012, p. 132-133)

## **5 CONCLUSÃO**

A presente pesquisa iniciou-se com a análise das bases filosóficas e metodológicas necessárias à perscrutação profunda do fenômeno da dispensa coletiva, que é interdisciplinar, pois possui dimensões sociais que demandam uma compreensão sociológica em diálogo com a economia, a filosofia e, principalmente, o Direito.

Para compreender as decisões dos tribunais sobre o assunto é necessário conhecer um pouco das bases teóricas que alicerçam o direito constitucional contemporâneo no que toca os Direitos Fundamentais e também o Direito do Trabalho. Mas essa análise, fundamental para a

compreensão a dispensa coletiva no contexto do capitalismo contemporâneo, um capitalismo leve e dinâmico, precisa conter também os pressupostos técnico-jurídicos adotados nas decisões dos tribunais. Por isso foi necessário analisar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e sua natureza deôntica principiológica.

Verificamos que as dispensas coletivas são fenômenos complexos que ocorrem no contexto de uma sociedade capitalista globalizada, com repercussões que se espraiam, mas que afetam principalmente as comunidades locais. Essas características relatadas na jurisprudência implicam a necessidade de tutela dos direitos afetados pelos efeitos negativos da dispensa coletiva, que perpassa pela incidência dos Direitos Fundamentais nas relações privadas de maneira direta e imediata.

Esses Direitos Fundamentais possuem natureza principiológica, conseqüentemente incidem sobre a dispensa coletiva de maneira pouco especificada pelo legislador, mas se desdobram em uma série de dimensões que decorrem das múltiplas camadas que se sobrepõem em seu desenvolvimento histórico no contexto do sistema jurídico, para a presente pesquisa, a partir de um ponto de vista Luhmanniano.

As múltiplas dimensões dos princípios incidentes, suas diversas funções, desde à normativa, até a interpretativa, servem de supedâneo para decisões judiciais que amenizam a omissão do legislador infraconstitucional na regulamentação do tema, na contramão do que ocorre em outros países, inclusive da América do Sul, que possuem conceituação objetiva e tratamento jurídico especificado da dispensa coletiva em conformidade com os valores que precisam ser protegidos do ponto de vista constitucional em uma ordem jurídica que guarde estreita coerência do ponto de vista sistêmico e sistemático.

As decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho, na maioria dos casos e do Tribunal Superior do Trabalho em 2009 no caso Embraer, o case referência para o tema no âmbito da Justiça do Trabalho, a partir da incidência das normas constitucionais, considerando a hierarquia das normas na ordem jurídica e que considera as normas constitucionais como fundamento de validade das normas infraconstitucionais, de matriz Kelseniana, mas também a incidência direta dos princípios de Direitos Fundamentais sobre as relações de direito privado.

Poderia se cogitar a viabilidade do mesmo resultado a partir o uso de técnicas interpretativas como a “interpretação conforme a constituição”, mas a opção dos tribunais foi por entender mais acertada a discussão do tema no âmbito da teoria geral do direito, e não da hermenêutica jurídica. Mas a análise das decisões dos tribunais guardam uma característica que, dentre outras, a diferencia das teorias doutrinárias enquanto objeto de estudo, que é a base fática e seu contexto social e político-econômico.

Por isso não se pode perder de vista que apesar das decisões dos tribunais analisarem as possibilidades das organizações sindicais buscarem, na prática, a pactuação de medidas para mitigar os efeitos nocivos da dispensa coletiva, essas organizações passam por dificuldades práticas que não fazem parte do dia a dia dos tribunais.

Por isso procedeu-se uma análise do panorama jurídico e social enfrentado pelos sindicatos na atualidade, sempre com vistas à dispensa coletiva, posto que a intervenção sindical (ou a negociação coletiva, na literalidade da decisão do TST no case Embraer) foi o mecanismo encontrado pelo judiciário para mitigar os efeitos nocivos da dispensa coletiva que foram desprezados pelo legislador infraconstitucional na Reforma Trabalhista.

É emblemática a análise da validade das dispensas coletivas a partir da ordem jurídica constitucional que o STF procedeu em 2023 no âmbito do Tema 638 de Repercussão Geral e que possui efeito vinculante quanto ao modo como as dispensas coletivas precisam ser realizadas para serem válidas. Esse relevante julgamento, que foi comentado em linhas anteriores a partir do inteiro teor do acórdão, considerando cada voto proferido pelos ministros, tratou também da opção feita pelo legislador infraconstitucional de equiparar a dispensa coletiva às dispensas individuais e plúrimas a partir da elaboração do texto normativo constante do Artigo 477-A da CLT.

Ocorre que o texto é destoante de toda a ordem jurídica quando se considera, tanto o seu caráter sistemático, a partir da hermenêutica jurídica tradicional, quanto do ponto de vista sistêmico luhmanniano ao se considerar a racionalidade que cada subsistema adota no contexto do sistema social e também do ambiente. A análise do STF, ao considerar a dispensa coletiva tema de direito coletivo do trabalho, sob a incidência dos Direitos Fundamentais e do princípio da boa-fé objetiva, destacou a imprescindibilidade do diálogo para a realização da dispensa coletiva de maneira válida.

O STF não exigiu a realização de negociação coletiva para a validade da dispensa coletiva, que é o nosso posicionamento, mas ao nosso ver, também acertou em sua decisão de exigir a intervenção sindical obrigatória que não necessariamente precisa findar com a negociação, com vistas a evitar que o tema se torne objeto de constante judicialização.

Apesar do receio do Supremo de criar mais um fator de burocratização das relações sociais e de aumento da demanda do judiciário, ele não se absteve de assegurar o diálogo entre capital e trabalho a partir do sistema sindical com vistas à preservação dos direitos que a ordem jurídica legitimamente visa a assegurar. Desse modo, evidentemente a dispensa coletiva não se equipara à individual, e a negociação coletiva tende a ser o desfecho das iniciativas de dispensas coletivas, embora não seja *conditio sine qua non* para sua validade.

O caráter procedimental da intervenção sindical e da incidência do princípio da boa-fé objetiva foram imprescindíveis nessa construção teórica que possui bases técnico-jurídicas e filosóficas profundas, mas que se apresenta como um meio para pactuação de instrumentos de amenização dos efeitos nocivos da dispensa, o que tende a equilibrar essa relação jurídica e minorar os efeitos deletérios que afligem comunidades, do ponto de vista social e localidades, do ponto de vista econômico que afeta redes de empresas e o sistema produtivo local, com possibilidade de reflexos mais amplos de repercussão.

A construção teórica da imprescindibilidade da intervenção sindical fomenta a adoção de instrumentos como o Plano de Demissão Voluntária (PDV/PIDV), meios de reinserção de trabalhadores dispensados no mercado de trabalho, pactuação de indenizações que permitam uma recolocação desses trabalhadores que minimize os danos em sua carreira e em sua estrutura familiar, além de outras ferramentas que a realidade pode apresentar a partir de sua complexidade.

Um ponto que a decisão do supremo não aprofundou foi a análise da efetividade da intervenção sindical prevista na constituição e reconhecida pela corte suprema como limite e meio de conformação da dispensa coletiva aos valores e princípios constitucionais. O Supremo entendeu que o parâmetro para aferição da efetividade da intervenção sindical e consequentemente da validade da dispensa coletiva é o cumprimento dos ditames da boa-fé objetiva, a partir de um diálogo franco, transparente, com informação e cumprindo deveres de transparência, lealdade, fidelidade, probidade, razoabilidade e outros.

A proposta da presente pesquisa, sem desconsiderar a incidência da boa-fé objetiva, que está em total consonância com toda a base teórica dialogada neste trabalho com o referencial teórico utilizado, é analisar a efetividade do diálogo decorrente da intervenção sindical a partir da teoria do dever de acomodação razoável, que possui ampla aplicabilidade nos Estados Unidos e comumente é vinculada à efetivação dos direitos das pessoas com deficiência e também ao respeito à liberdade religiosa no âmbito do contrato de trabalho.

O cumprimento do dever de acomodação razoável, assim como o caráter procedimental da boa-fé objetiva descrito na decisão do STF no Tema 638, não implica na obrigatoriedade de pactuação da negociação coletiva, mas na demonstração do efetivo esforço para o atendimento de um mínimo das demandas dialogadas no âmbito da negociação. Esse custo mínimo significa que quando não atendidas as demandas dos trabalhadores diante da dispensa coletiva, o polo da categoria econômica atrai para si um ônus argumentativo de demonstrar que era impossível atender as demandas que foram formuladas ou que o seu

atendimento lhe implicaria danos substanciais, como em alguns casos, a cessação das atividades da empresa.

A vantagem dessa técnica-jurídica é atrair para a linha argumentativa exigida, temas de caráter econômico, que não foram contemplados na decisão do STF sobre o tema. Sendo que a adoção desse posicionamento não é incompatível com o quanto decidido pelo pretório excelso e, portanto, pode ser aplicado concomitantemente. Desse modo, embora as conclusões da presente pesquisa passem pelos argumentos e teorias que a decisão do STF pressupõe como aplicáveis, não chega à mesma exata conclusão da suprema corte, mas chega a uma conclusão compatível, que abrange a *ratio decidendi* desse relevante precedente e acrescenta novas dimensões de argumentação e análise à tutela da dispensa coletiva.

A efetividade do diálogo (em negociação coletiva, que não pode se confundir com a conclusão de contratos coletivos) depende do dever de acomodação razoável, que serve para demonstrar o efetivo esforço ou custo “de minimis” pela categoria econômica em contraposição a um custo substancial/ônus indevido (isso resulta no atendimento de um mínimo das demandas dialogadas no âmbito da negociação, e não meramente informar o sindicato).

Pressupondo ser impossível proibir a dispensa coletiva (por motivos econômicos e jurídicos), nesta tese, nota-se que a negociação coletiva tem potencial para mitigar seus efeitos sociais deletérios, desde que o critério de aferição do seu uso e efetividade adequados seja parametrizado pelo “dever de acomodação razoável” como expressão de razoabilidade oriunda da aplicação analógica da convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência (que possui status constitucional).

Quando não atendidas as demandas dos trabalhadores diante da dispensa coletiva, o polo da categoria econômica atrai para si um ônus argumentativo de demonstrar que era impossível atender as demandas que foram formuladas ou que o seu atendimento lhe implicaria altos custos (e conseqüentemente danos) substanciais. (Esse procedimento decorre da boa-fé objetiva e também do Direito ao Trabalho que tem como corolário do Direito à organização e ao procedimento.

Felizmente a conclusão pautada no referencial teórico adotado se apresentou confirmando as hipóteses levantadas, sem que haja incompatibilidade com o quanto decidido, mas uma efetiva complementação, a partir do diálogo entre as fontes, que transcorreu ao longo da presente pesquisa à semelhança da sistemática luhmanniana de funcionamento do sistema jurídico enquanto sistema operativamente fechado e cognitivamente aberto, com sua

linguagem, seus programas e sua racionalidade sem que a interdisciplinaridade implementada gere corrupção sistêmica.

A tese do uso do dever de acomodação razoável como parâmetro de aferição da razoabilidade na efetividade mínima do uso da negociação coletiva foi defendida como mais um desenvolvimento do tema dispensa coletiva, houve limitação ao recorte dado ao objeto da pesquisa, mas constituindo uma etapa desse desenvolvimento acadêmico, pois a presente pesquisa servirá de parâmetro para pesquisas ulteriores, uma vez que não esgota as possibilidades de análise e desenvolvimento do objeto.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na Ética e na Ciência. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 91, enero-abril, 2011, p. 11-29. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1270&IDA=35741>. Acesso em: 04 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Princípios Formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. *In*: TRAVISONNO, Alexandre; SALIBA, Aziz; LOPES, Mônica (Orgs.). **Princípios Formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

ALMEIDA, Renato Rua de. Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa? Instituto Cesarino Junior, 2009. Disponível em: <http://www.institutocesarinojunior.org.br/texto5rruademisemassa.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2023.

ÁLVAREZ, Paola D. **Comparación de los regímenes de despido colectivo de España y Francia con el proyecto de ley boletín n. 9886-13**. Asessoria Técnica Parlamentar, enero de 2019. Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2019. Disponível em: [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26897/2/comparativo\\_despido\\_colectivo\\_PA.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26897/2/comparativo_despido_colectivo_PA.pdf). Acesso em: 16 mar. 2023.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007.

ANAMATRA. Reforma Trabalhista: Enunciados aprovados. *In*: **Anais...** 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho e XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – CONAMAT. Brasília: ANAMATRA, 2018. Disponível em: [https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto\\_RT\\_Jornada\\_19\\_Conamat\\_site.pdf](https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf). Acesso em: 06 out. 2023

ANGOLA. **Lei Geral do Trabalho (Lei 7/15)**. Luanda, 15 de junho de 2015. Disponível em: <https://faolex.fao.org/docs/pdf/ang196736.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023.

ANTUNES, Ricardo. **Uberização, Trabalho Digital e Indústria 4.0**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

ARGENTINA. **Ley n° 24.013, diciembre 5 de 1991**. Buenos Aires, 5 dez. 1991. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/412/texact.htm>. Acesso em: 01 mar. 2023.

ARIGÓN, Mario Garmendia. Comparative Labor Law Dossier: Despido por causas empresariales em Urugua. **USLabor**, n. 02, 2014. Disponível em:

<https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/download/276706/365997>. Acesso em: 15 mar. 2023.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BACHUR, João Paulo. Legitimação e procedimento: um debate à luz das perspectivas de Weber, Habermas e Luhmann. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 65, n. 2, p. 101-128, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/69228>. Acesso em: 31 ago. 2020.

BARBAGELATA, Hector-Hugo. **A Evolução do Pensamento do Direito do Trabalho**. Trad. Sidnei Machado; Ver. Elisa Cuevas Carlos. São Paulo: LTr, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 240, p. 1–42, 2005. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43618>. Acesso em: 10 maio 2022.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAYLOS, Antônio; REY, Pérez Joaquín. **El Despido o La Violencia del Poder Privado**. Colección Estructuras y Procesos: Serie Derecho. Editorial Trotta: Madrid, 2009.

\_\_\_\_\_. **Debatiendo La Reforma Del Despido**: uma proposta de la funcación 1º mayo. *In*: Según Antonio Baylos... Información, discusión y propuestas sobre las relaciones de trabajo y la ciudadanía social. 21 de agosto de 2023. Disponível em: <https://baylos.blogspot.com/2023/08/>. Acesso em: 10 nov. 2023.

BERG, J. *et al.* **As plataformas digitais e o futuro do trabalho**: Promover o trabalho digno no mundo digital. Genebra, BIT: OIT, Bureau Internacional do Trabalho, 2020.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BOITO JÚNIOR, Armando. **Sindicalismo de Estado no Brasil**. São Paulo: Hucitec, 1991.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOURDIEU, Pierre; CHAMBOREDON, Jean-Claude; PASSERON, Jean-Claude. **A Profissão de Sociólogo**: preliminares epistemológicas. Trad. Guilherme João de Freitas. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 17 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 3.321, de 30 de Dezembro de 1999**. Protocolo de São Salvador. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3321.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm). Acesso em: 12 ago. 2023.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 591, de 6 de Julho de 1992.** Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). 1992a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em: 17 fev. 2023.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. 1992b. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 12 jul. 2023.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.** Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. 2009a. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm). Acesso em: 12 ago. 2023.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943.** Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 17 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.112, de 11 de Dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18112cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm). Acesso em: 17 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. 2002a. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 27 out. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015.** Código de Processo Civil. 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 27 out. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.467, de 13 de Julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. 2017. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm). Acesso em: 07 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 14.442, de 2 de Setembro de 2002.** Dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação ao empregado e altera a Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. 2002b. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/lei/L14442.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14442.htm). Acesso em: 13 out. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.019, de 3 de Janeiro de 1974.** Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. 1974. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6019.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm). Acesso em: 13 out. 2023.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal do Trabalho. **RO - 69-73.2012.5.15.0000**, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Julgamento: 09 abr. 2018, DEJT 21 maio. 2018a.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal do Trabalho. **RO-1000191-61.2014.5.02.0000**, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 11 abr.2016, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 29 abr. 2016

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal do Trabalho. **RO-1000928-93.2016.5.02.0000** – SDC –Rel. Min. Dora Maria da Costa. Publicação:18 jun. 2018b.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal do Trabalho. **RR-62000-33.2004.5.03.0084**, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma Data de Julgamento: 10 dez. 2008, DEJT 19 dez. 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADC 39/DF**, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 26 maio. 2023a. Publicado em: 19 jun. 2023a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4882450>. Acesso em: 20 out. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.480-3/DF**, Rel. Min. Celso de Melo, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 04 set. 1997. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>. Acesso em: 20 out. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.625/DF**. Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 26 maio. 2023b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1675413>. Acesso em: 10 out. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 85.237**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, j. 17 mar. de 2005. Diário de Justiça. Brasília, 29 abr. 2005.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 210.029-3/RS**. Relator originário: Ministro Carlos Velloso. Relator para o Acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Julgamento: 12 jun. 2006. DJE 17 ago. 2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 80.004/SE**. Relator: Min. Cunha Peixoto. Brasília, 1 jun. 1977.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 999.435/SP**, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, Data do Julgamento: 08 jun. 2022a, Publicação do Acórdão no DJe: 15 set. 2022a. Tema 638 de Repercussão Geral. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353488317&ext=.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação. **Regimento interno** [recurso eletrônico]. Brasília: STF, 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **RO 10782-38.2015.5.03.0000**, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Data de Julgamento: 18 dez. 2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DEJT 16 abr. 2018c. Disponível em: <https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=10782&digitoTst=38&anoTst=2015&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0000>. Acesso em: 15 ago. 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **RR 9800-84.2009.5.02.0251**, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 26 set. 2012, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28 set. 2012. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do;jsessionid=0EC378BCF6D72FAA49A73BE3B14BF9F9.tst32?conscsjt=&numeroTst=9800&digitoTst=84&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0251&consulta=Consultar>. Acesso em: 15 ago. 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **TST ED-RODC-30900-12.2009.5.15.0000**. Data de Julgamento: 10 ago. 2009c, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 04 set. 2009c. Disponível em: <https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=30900&digitoTst=12&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0000&submit=Consultar>. Acesso em: 20 out. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **TST-ED-RR-10342-90.2018.5.03.0144**. Data de Julgamento: 19 abr. 2023c, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20 abr. 2023c. Disponível em: <https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=23922&anoInt=2020>. Acesso em: 26 ago. 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **TST-RO-1003945-40.2016.5.02.0000**, Relator Ministro Maurício Delgado. Data do Julgamento: 15 fev. 2019a, SDC, Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/676314132/inteiro-teor-676314199>. Acesso em: 16 set. 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **TST-RO-1016-72.2013.5.05.0000**, Relatora Ministra Kátia Arruda, Data de Julgamento: 17 maio. 2019b. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/710015405>. Acesso em: 15 jun. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **TST-RO-11778-65.2017.5.03.0000**, Relator Ministro Emmanoel Pereira. Data do Julgamento: 09 ago. 2022b, SBDI-II, Data de Julgamento: 16 set. 2022b. Disponível em: <https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=227168&anoInt=2018&qtdAcesso=144858171>. Acesso em: 23 set. 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **TST-RRAg-10590-53.2020.5.18.0052**, 7ª Turma, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 06 out. 2023d. Disponível em: <https://consultadocumento.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2021&numProcInt=345335&dtaPublicacaoStr=06/10/2023%2007:00:00&nia=8202235>. Acesso em: 05 jan. 2024.

BRIDI, Maria Aparecida; MELO, Manoel Messias. A Experiência do Sindicalismo do Setor de Tecnologia da Informação (TI) no Brasil. *In: FES. Sindicato no Brasil: o que precisa mudar?* Vol. 3: Experiências setoriais e práticas sindicais. [S.l.]: Friedrich Ebert Stiftung, 2021.

BUDEL, Diego. A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas. *In: Anais[...]* XXI SEMOC, Salvador: 2018. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/1032>. Acesso em: 07 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais: Dimensões e redimensionamentos perante o protagonismo da solidariedade. **Direito UNIFACS - Debate Virtual**, n. 209, nov. de 2017a. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5201>. Acesso em: 07 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. O Efeito circular da Interpretação Jurídica. **Direito Unifacs - Debate Virtual**, n. 207, set. 2017b. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5063>. Acesso em: 07 jun. 2021.

CALCINI, Ricardo; MORAES, Leandro Bocchi de. Obrigatoriedade de negociação coletiva no despedimento em massa. *In: Anais... CONJUR*, 16 jun. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-16/pratica-trabalhista-exigencia-negociacao-coletiva-dispensa-massa>. Acesso em: 17 mar. 2023.

CAMARGO, Gilson. A Jornada Sem Fim Dos Motoristas De Aplicativos: Para maioria dos trabalhadores, a promessa de emancipação empreendedora com altos ganhos se converteu em pesadelo de hiperexploração. **Extra Classe**, 12 maio. 2021. Disponível em: [https://www.extraclasse.org.br/economia/2021/05/a-jornada-sem-fim-dos-motoristas-de-aplicativos/?fbclid=IwAR1F6K8\\_hQ5cy3VhtkrsTk7cTQMVfGo7ngkQm1\\_p9OZOUnzmwwMdANhgfbE](https://www.extraclasse.org.br/economia/2021/05/a-jornada-sem-fim-dos-motoristas-de-aplicativos/?fbclid=IwAR1F6K8_hQ5cy3VhtkrsTk7cTQMVfGo7ngkQm1_p9OZOUnzmwwMdANhgfbE). Acesso em: 07 jul. 2021.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAMPOS, Anderson *et al.* Ação Sindical de Trabalhadores em Serviços Essenciais na Pandemia da Covid-19 no Brasil. *In: KREIN, José Dari et al. O Trabalho pós-reforma trabalhista (2017)*. Vol. 1. São Paulo: CESIT - Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho, 2021.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1993.

CARNEIRO, Wálber Araujo. Democracia e Constituição: entre a nostalgia do antigo e os desafios da modernidade complexa. *In: MORAIS, José Luiz Bolzan de. A democracia sequestrada*. 1ª ed. v.1, p. 43-72. São Paulo: Tirant Brasil, 2020a.

\_\_\_\_\_. Os princípios do direito: entre Hermes e Hades. *In: LIZIERO, Leonam; TEIXEIRA, João Paulo Allain (Orgs.). Direito e sociedade*. Marcelo Neves como intérprete da sociedade global. v.4. Andradina: Ameraki, 2020b.

CATTANI, A.D. Concentração de renda e desigualdades. *In: IVO, Anete B. L. (Coord.) Dicionário Temático Desenvolvimento e Questão Social*. São Paulo: Anablume/ Brasília: CNPq/ Salvador: FAPESB, 2013.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. A dispensa coletiva e a ordem social. **Revista de Informação Legislativa**. Brasil: Senado Federal, 2015. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/52/205/ri\\_v52\\_n205\\_p281.pdf](https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/52/205/ri_v52_n205_p281.pdf). Acesso em: 21 mar. 2023.

CHILE. **Código del Trabajo. Dirección del Trabajo**. Edición actualizada al 10 mar. 2023. Disponível em: [https://www.gob.cl/legislacion/1624/articles-95516\\_recurso\\_1.pdf](https://www.gob.cl/legislacion/1624/articles-95516_recurso_1.pdf). Acesso em: 16 mar. 2023.

\_\_\_\_\_. **Proyecto de Ley nº 9886-13, 03-03-2015.** Modifica el Código del Trabajo con el objeto de establecer um procedimiento previo al que debe someterse el empleador em caso de despidos colectivos. Santiago, 03 mar. 2015. Disponível em: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTipo=SIAL&prmID=13875&formato=pdf#:~:text=S e%20entender%C3%A1%20que%20existe%20despido,tengan%20100%20trabajadores%20%20m%C3%A1s>. Acesso em: 16 mar. 2023.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Lagos Del Campo Vs. Peru.** Sentença de 31 de Agosto De 2017. Disponível em: [https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/lagos\\_del\\_campo](https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/lagos_del_campo). Acesso em: 22 set. 2023.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa.** Vol. 1. 20ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COLOMBI, Ana Paula *et. al.* Impactos da Reforma Trabalhista Sobre a Negociação Coletiva. *In: FES. Sindicato no Brasil: o que precisa mudar?* Vol. 3: Experiências setoriais e práticas sindicais. [S.l.]: Friedrich Ebert Stiftung, 2021.

COLÔMBIA. **Ley 50, diciembre 28 de 1990.** Disponível em: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=281>. Acesso em: 15 mar. 2023.

CORREAS, Óscar. **El otro Kelsen.** *In: El Otro Kelsen, Instituto de Investigaciones Jurídicas. serie G: Estudios Doctrinales*, num. 122. *Compilador: Oscar Correas.* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **Eficácia dos Direitos Fundamentais Entre Particulares:** juízo de ponderação no processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

COURTIS, Christian. **Ni um paso atrás:** la prohibición de regresividad em matéria de derechos sociales. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 3-245. Disponível em: <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/Ni-un-paso-atr%C3%A1s-Cristian-Courtis.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2023.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A Constituição Federal de 1988 e o Estado Constitucional de Direito no Brasil: avanços e perspectivas do discurso jusfundamental da efetividade da constituição. **Revista Populus**, n.5 Salvador: 2018. Disponível em: [https://ejournal.jus.br/pluginfile.php/13664/mod\\_label/intro/art%201%20-%20Dirley%20da%20Cunha%20J%C3%BAnior%20-%20Revista%20Populus%20N%C3%BAmero%205%20-%20dez.%202018.pdf](https://ejournal.jus.br/pluginfile.php/13664/mod_label/intro/art%201%20-%20Dirley%20da%20Cunha%20J%C3%BAnior%20-%20Revista%20Populus%20N%C3%BAmero%205%20-%20dez.%202018.pdf). Acesso em: 03 jul. 2023

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional.** 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DAL-RE, Fernando Valdés. Teoría e Ideología de los Debates sobre el Despido en España. **Revista de la Asociación Civil: Derecho & Sociedad**, n. 46, 2016. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/18830>. Acesso em: 13 nov. 2023.

DAU, Denise. Negacionismo negocial é prática antissindical. *In: FES. Sindicato no Brasil: o que precisa mudar?* Vol. 3: Experiências setoriais e práticas sindicais. [S.l.]: Friedrich Ebert Stiftung, 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019.

\_\_\_\_\_. Direito Coletivo do Trabalho e Seus Princípios Informadores. **Revista do TST**, vol. 67º, n. 2 Brasília, abr./jun. 2001. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/52335/007\\_delgado.pdf?sequence=2&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/52335/007_delgado.pdf?sequence=2&isAllowed=y). Acesso em: 05 abr. 2023.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012.

ECO, Umberto. **Como se faz uma Tese**. São Paulo: Perspectiva, 1977.

ESPAÑA. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. **Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto**. Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-15060>. Acesso em: 10 nov. 2023.

\_\_\_\_\_. **Estatuto de los Trabajadores**. 2023. Disponível em: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-DT-2023-139](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DT-2023-139). Acesso em: 10 nov. 2023.

\_\_\_\_\_. **Ley 20/2007**. 2007. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-13409>. Acesso em: 09 jul. 2021.

\_\_\_\_\_. **Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000**. 2000. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-15060>. Acesso em: 10 nov. 2023.

\_\_\_\_\_. **Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo**. 2021. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-21788>. Acesso em: 10 nov. 2023.

FILAS, Rodolfo Ernesto Capón. **Síntese da Concepção Sistêmica do Direito Laboral**. Porto Alegre: Síntese, 1998.

FREITAS, Augusto. Mercado de trabalho SINTEPAV-PE cadastra trabalhadores para a Refinaria Abreu e Lima (RNEST). **Diário de Pernambuco**, 25 fev. 2016. Disponível em: <https://www.diariodepernambuco.com.br/noticia/economia/2016/02/sintepav-pe-cadastra-trabalhadores-para-a-refinaria-abreu-e-lima-rnes.html>. Acesso em: 07 jun. 2021.

FUKUOKA, Nelma Karla Waideman; CARVALHO, Fabiano. O Direito ao Trabalho Digno e a Proteção Contra a Dispensa Coletiva de Trabalhadores na América Latina. *In: Anais... V Encontro Internacional Do CONPEDI Montevideu – Uruguai: Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinós/URI/UFSM/Univali/UPF/FURG. Coord.: ARAGONE, Pablo; RIBEIRO, Daniel: Montevideu, 2016.*

GAMBIER, André Campos. **Sindicalização de trabalhadores no Brasil: a situação antes e após a reforma de 2017** In: FES. **Sindicato no Brasil: o que precisa mudar?** Vol. 3: Experiências setoriais e práticas sindicais. [S.l.]: Friedrich Ebert Stiftung, 2021.

GARCÍA, Jesús Ignacio Martínez. Para leer a Luhmann: avisos para juristas. In: LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2ª Ed. Mexico: Universidad Iberoamericana, Edital Herder, 2005.

GARCIA, Márcio Pereira Pinto. **A terminação de tratado e o Poder Legislativo à vista do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional internacional brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GOLDSCHMIDT, Werner. **La ciencia de La justicia**. Segunda edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1986,

GOMES, Fábio Rodrigues. **O direito fundamental ao trabalho**. Perspectivas históricas, filosóficas e dogmática-analítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Orlando. Dispensa Coletiva na Reestruturação da Empresa (aspectos jurídicos do desemprego tecnológico). **Revista LTr**, v.38, p. 575-579, São Paulo: LTr, 1974.

\_\_\_\_\_. **Marx e Kelsen**. Publicações da Universidade Federal da Bahia. Salvador: EDUFBA, 1959.

GÜNTER, Dürig; NIPPERDEY, Hans Carl; SCHWABE, Jürgen. **Direitos Fundamentais e Direitos Privados: Textos Clássicos**. Luis Afonso Heck (Org. e Trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011.

HARVEY, David. **O enigma do capital**. Tradução de João Alexandre Pechanski. São Paulo: Boitempo, 2011.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York/London: WW Norton & Company, 2000.

IBGE. **PNAD Contínua: Rendimentos de todas as fontes 2019**. Brasília: IBGE, 2020. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101709\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101709_informativo.pdf). Acesso em: 07 jun. 2021.

KALIL, Renan Bernardi. CASTILHO, Rodrigo Barbosa de. Trabalhadores de plataformas eletrônicas. In: LIMA, Francisco Gérson Marques de (Orgs.). **Direito do Trabalho em xeque: contraponto às propostas de nova reforma trabalhista**. Fortaleza: Excola Social, 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KREIN, José Dari *et al.*(Orgs.) **O Trabalho pós-reforma trabalhista (2017)**. Vol. 1. São Paulo: CESIT - Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho, 2021.

KURZ, Robert. **O fim da Economia Nacional (Perdedores Globais)**. Disponível em: <http://obeco.planetaclix.pt/rkurz39.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

LACERDA, Rosangela; DO VALE, Silvia. **Por que não precisamos da Convenção nº 158 da OIT**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jun-04/lacerda-vale-convencao-158-oit-adi-1625>. Acesso em: 27 out. 2023.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LOPES, Jose Domingos Rodrigues. O papel central que adquiriram os princípios jurídicos no constitucionalismo a partir de meados do século XX: a abordagem de Dworkin versus a abordagem de Alexy. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3815, 11 dez. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26109>. Acesso em: 29 jun. 2023.

LOPES, R. A. L. A Responsabilização de Empresas Transnacionais por Violações a Direitos Humanos sob a Perspectiva do Direito Internacional. *In*: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; SILVA, Karine de Souza; ANGELIN, Rosângela (Org.). **Direito Internacional: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI**. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4410a22591c15bc7>. Acesso em: 27 jun. 2023.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2ª Ed. Mexico: Universidad Iberoamericana, Edital Herder, 2005.

\_\_\_\_\_. **La ciência de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

\_\_\_\_\_. **La sociedad de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2007.

\_\_\_\_\_. **Legitimação pelo Procedimento**. Tradução M. C. Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980. Disponível em: <https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2015/02/Legitima%C3%A7%C3%A3o-pelo-procedimento.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2023.

\_\_\_\_\_. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016a.

\_\_\_\_\_. **Sistemas Sociais**. Esboço de uma teoria geral. Trad. Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior, Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016b.

MACHADO, Leandro. Dormir na rua e pedalar 12 horas por dia: a rotina dos entregadores de aplicativos. **BBC New Brasil**, 22 maio. 2019. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48304340?ocid=socialflow\\_facebook&#38;fbclid=IwAR2ajCyQFwcz3E4AXJgPYY-BzgFYY-gEJl8D-KFJswfBHNU2TxGcI4OPDgg](https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48304340?ocid=socialflow_facebook&#38;fbclid=IwAR2ajCyQFwcz3E4AXJgPYY-BzgFYY-gEJl8D-KFJswfBHNU2TxGcI4OPDgg). Acesso em: 07 jul. 2021.

MAIA, Flávia. ADC 39: STF forma maioria para validar que demissão sem justa não precisa de motivação. **Jornal Jota**, 16 jun. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/adc-39-stf-forma-maioria-para-validar-que-demissao-sem-justa-nao-precisa-de-motivacao-16062023>. Acesso em: 31 out. 2023.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001.

MALLET, Estêvão. Dispensa Coletiva e Negociação Sindical. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 111, p.123-142, jan./dez. 2016.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Adaptação razoável**: O novo conceito sob as lentes de uma gramática constitucional inclusiva. Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/14/1000400-adaptacao-razoavel-o-novo-conceito-sob-as-lentes-de-uma-gramatica-constitucional-inclusiva>. Acesso em: 23 ago. 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MARTINS, Tahinah A. ADI-MC 1.480 e a recepção dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, v. 2, p. 1-9, 2008. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/242/202>. Acesso em: 20 out. 2023.

MARX, Karl. **O Capital**. Livro 1. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2017.

MAZZUOLI, Valério. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. Ver. Atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELES, Edilton. **A Constituição do Trabalho**: o trabalho nas constituições da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

\_\_\_\_\_. ADI 1.625: 25 anos de tramitação do Supremo Tribunal Federal. **Consultor Jurídico**, 25 out. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-25/edilton-meireles-adi-1625-25-anos-tramitacao-stf>. Acesso em: 30 out. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. **Revista Jurídica Virtual da Presidência da República**, Brasília, v.2, n. 14, 2000. Disponível na Internet: <http://www.gilmarmendes.com.br/wp-content/uploads/2018/09/OS-DIREITOS-FUNDAMENTAIS-E-SEUS-M%C3%9ALTIPLOS-SIGNIFICADOS-NA-ORDEM-CONSTITUCIONAL.pdf>. Acesso em: 30 out. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional da 3ª Região. **Processo nº: 0011778-65.2017.5.03.0000 (MS)**; Disponibilização: 30/04/2018, DEJT/TRT3/Cad. Jud, Página 339; Órgão Julgador: 1ª Seção de Dissídios Individuais; Relator: José Eduardo Resende Chaves Jr.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional da 3ª Região. **Processo nº: DC-00308200900003005**. 2009b. Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/internet>. Acesso em: 31 out. 2023.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Porto Alegre: Sulina, 2005.

NABESHIMA, Yuri. O julgamento da ADI 1.625 pelo STF e a dispensa injustificada. **Consultor Jurídico**, publicado em 20 jan. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jan-20/yuri-nabeshima-julgamento-adin-1625-convencao-158-oit>. Acesso em: 30 out. 2023.

OIT. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho e seu anexo (Declaração de Filadélfia)**. 1944. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/--ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/genericdocument/wcms\\_336957.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/--ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf). Acesso em: 03 jul. 2023.

\_\_\_\_\_. **Convenção 158.** Dispõe sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador. 1982. Disponível em:  
[https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_236164/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236164/lang--pt/index.htm). Acesso em: 03 jul. 2023.

\_\_\_\_\_. **Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho.** 1998. Disponível em:  
[https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration\\_portuguese.pdf](https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf). Acesso em: 03 jul. 2023.

PANCOTTI, José Antônio. Aspectos jurídicos da dispensa coletiva no Brasil. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 35, 2009. Disponível em:  
[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/104848/2009\\_pancotti\\_jose\\_aspectos\\_juridicos.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/104848/2009_pancotti_jose_aspectos_juridicos.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 03 mar. 2023.

PARAGUAI. **Ley nº 213, 29 de octubre de 1993.** Disponível em:  
<https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/2608/ley-n-213-establece-el-codigo-del-trabajo>. Acesso em: 01 mar. 2023.

PEREIRA, Emmanoel Campelo de Souza. O princípio da equivalência entre os contratantes coletivos no Direito do Trabalho. **Jus.com.br**, 30 jul. 2019. Disponível em:  
<https://jus.com.br/artigos/75635/o-principio-da-equivalencia-entre-os-contratantes-coletivos-no-direito-do-trabalho>. Acesso em: 05 abr. 2023.

PÉREZ, José Luis Monereo. El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012. **Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar social**, n.115, 2012. Disponível em: <https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2022-03/Temas%20Laborales%2C%20N%C2%BA%20115.%20Monogr%C3%A1fico%20sobre%20la%20Reforma%20Laboral%20de%202012.pdf> . Acesso em: 10 nov. 2023.

PIETROPAOLO, João Carlos. **Limites de critérios econômicos na aplicação do direito:** hermenêutica e análise econômica do direito. 2010. 260 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-20122010-145513/pt-br.php>. Acesso em: 10 out. 2023.

PINTO, Almir Pazzianotto. O Novo Sindicalismo. **Tribuna Piracicabana**, 23 fev. 2022.

PINTO, Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho:** noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual. 5. Ed. São Paulo: LTr, 2003.

PIRES, Eduardo Soto. **Demissões Coletivas:** lições para sua regulamentação futura pelo sistema jurídico brasileiro - estudo do modelo regulatório espanhol. São Paulo: LTr, 2012.

PISARELLO, Gerardo. **Los Derechos Sociales y Sus Enemigos:** elementos para una reconstrucción garantista. Disponível em:  
[https://www.observatoridesc.org/sites/default/files/Gerardo\\_Pisarello-\\_Enemigos\\_de\\_los\\_ds.pdf](https://www.observatoridesc.org/sites/default/files/Gerardo_Pisarello-_Enemigos_de_los_ds.pdf). Acesso em: 13 nov. 2023.

PORTO, Lorena Vasconcelos; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. A Dispensa em Massa e a Pandemia do COVID-19. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, edição especial, t. II, p. 477-507, jul. 2020. Disponível em:

[https://portal.trt3.jus.br/escola/institucional/revista/covid-19-ed-especial-tomo-2/@@cached-display-file/pdf\\_version\\_file/covid-19-ed-especial-tomo-2.pdf?m=2021\\_02\\_19\\_14\\_26\\_25](https://portal.trt3.jus.br/escola/institucional/revista/covid-19-ed-especial-tomo-2/@@cached-display-file/pdf_version_file/covid-19-ed-especial-tomo-2.pdf?m=2021_02_19_14_26_25). Acesso em: 09 out. 2023.

\_\_\_\_\_. **A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária**. São Paulo: LTr, 2009.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: SaraivaJur, 2012.

REZEK, José Francisco. Parlamento e Tratados Internacionais: o modelo constitucional do Brasil. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, jul./dez., 2013, Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/download/493/329/1083>. Acesso em: 06 nov. 2023.

ROCHA, Leonel; WEYERMÜLLER, André Rafael. Comunicação Ecológica Por Niklas Luhmann. **Novos Estudos Jurídicos**, n.19, v.1, 2014, p. 232-262. Disponível em: <https://doi.org/10.14210/nej.v19n1.p232-262>. Acesso em: 07 jun. 2021.

ROCHA, Claudia Janotti. Reflexões Sobre a Dispensa Coletiva Brasileira. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Minas Gerais, v. 51, n. 81, p. 219-228, jan./jun. 2010. Disponível em: [https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_81/claudio\\_jannotti\\_da\\_rocha.pdf](https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_81/claudio_jannotti_da_rocha.pdf). Acesso em: 03 mar. 2023.

RODRIGUES, Léo Peixoto. Sistemas Auto-Referentes, Autopoiéticos: noções-chave para a compreensão de Niklas Luhmann. **Revista Eletrônica Pensamento Plural**, Programa de Pós-graduação em Ciência Política Instituto de Filosofia, Sociologia e Política da Universidade Federal de Pelotas, ano 2., n.3, jul./dez., 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/pensamentoplural/article/view/3744>. Acesso em: 18 jun. 2021.

SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho: a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho**. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. Belo Horizonte, Fórum, 2016.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (Org). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constituição**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009 p. 31-68.

SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. Tradução: Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SENA, Victor. Acionistas da Uber “discutem a relação” e o futuro dos motoristas: Nos Estados Unidos, governo Biden pode exigir direitos trabalhistas para os motoristas, o que pode mudar - e muito - o panorama financeiro da Uber. **Revista Exame**, 11 maio. 2021. Disponível em: [https://exame.com/negocios/acionistas-da-uber-discutem-a-relacao-e-o-futuro-dos-motoristas/?fbclid=IwAR0S3m8-mZm7lvX7gnxdSTaXwk1v8NVd7GlxAUUGpLv2IMhLRqzl7mf\\_jqM](https://exame.com/negocios/acionistas-da-uber-discutem-a-relacao-e-o-futuro-dos-motoristas/?fbclid=IwAR0S3m8-mZm7lvX7gnxdSTaXwk1v8NVd7GlxAUUGpLv2IMhLRqzl7mf_jqM). Acesso em: 08 jul. 2021.

SILVA, Antônio Álvares da. **Proteção Contra a Dispensa na Nova Constituição**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 1992.

SILVA, Clovis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, Reginaldo de Aguiar. O Falso Discurso da Produtividade e as Ameaças aos Direitos dos Trabalhadores. In: LIMA, Francisco Gérson Marques de (Orgs.). **Direito do Trabalho em xeque**: contraponto às propostas de nova reforma trabalhista. Fortaleza: Excola Social, 2021.

SMITH, Adam. **Teoria dos Sentimentos Morais**: ou ensaio para uma análise dos princípios pelos quais os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de seus próximos, depois de si mesmos. Trad.: Lya Luft. Ver. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações privadas**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011.

SUPIOT, Alain. **Crítica Del Derecho Del Trabajo**. Trad. José Luis Gil y Gil. Madrid: MTSS, 1996.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Os direitos humanos do trabalhador. **Revista do TST**, Brasília, v.73, n. 3, jul./set. 2007. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/2383/001\\_sussekind.pdf?sequence=5&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/2383/001_sussekind.pdf?sequence=5&isAllowed=y). Acesso em: 07 nov. 2023.

TEIXEIRA, Katia Albuquerque Ferreira. **Dispensa Coletiva**: necessária procedimentalização. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais (Direito do Trabalho). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2013. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/bitstream/handle/6180/1/Katia%20Albuquerque%20Ferreira%20Teixeira.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2023.

TEUBNER, Gunther. Justiça autosubversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do direito? **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**, n.4, 2011. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/2259>. Acesso em: 01 jun. 2021.

TORRAZZA, Rolando Murgas. Los Despidos Colectivos por Fuerza Mayor o por Dificultades Económicas o Tercnológicas. In: LOZANO, Néstor de Buen; VALENZUELA, Emilio Morgado (Coords.). **Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**. México: Academia Iberoamericana de Derecho Del Trabajo y La Seguridad Social, Universidad Nacional Autónoma del México, 1997. p. 591-602. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/139/35.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2023.

TÔRRES, Pollyanna Sousa Costa. Propostas Legislativas do Grupo de Altos Estudos do Trabalho (GAET) Relativas ao Vínculo Jurídico dos Plataformizados e Terceirização: Aprofundamento da Precarização. In: LIMA, Francisco Gérson Marques de (Orgs.). **Direito do Trabalho em xeque**: contraponto às propostas de nova reforma trabalhista. Fortaleza: Excola Social, 2021.

UBIETO, Gabriel. El Superior de Justicia de Madrid falla contra Deliveroo: 532 de sus 'riders' son falsos autónomos: La empresa digital de reparto pierde su primer juicio colectivo y es obligada a contratar a sus repartidores como asalariados. **El Periódico**, 23 jan. de 2020. Disponível em: <https://www.elperiodico.com/es/economia/20200123/sentencia-tsjm-contradeliveroo-falsos-autonomos-7818735>. Acesso em: 08 jul. 2021.

U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES. Office of the Law Revision Counsel. Título 29 - Trabalho, Capítulo 23 - **Worker Adjustment And Retraining Notification (WARN Act)**. Washington, D.C., 2024. Disponível em: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title29/chapter23&edition=prelim>. Acesso em: 01/02/2024.

USIMINAS é multada por dano moral coletivo após demissão em massa: empregadora deve pagar R\$ 50 mil a ser revertido ao FAT. **Jornal Migalhas**, 16 out. 2012. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/165763/usiminas-e-multada-por-dano-moral-coletivo-apos-demissao-em-massa>. Acesso em: 30 mar. 2023.

VASCONCELOS, Lara Pontes Nogueira. Demissão em massa e direito dos trabalhadores. **Politize!**, 03 ago. 2022. Disponível em: <https://www.politize.com.br/demissao-em-massa-e-direito-dos-trabalhadores/>. Acesso em: 30 mar. 2023.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. **Contrato de Trabalho & eficácia dos direitos humanos fundamentais de primeira dimensão**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida Abusiva**: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade. São Paulo: LTr, 2004.