

INTRODUÇÃO

A Convenção 158 prevê três tipos de indenização a cargo do empregador:

- a) a do art. 10, que trata da reintegração ou indenização.
- b) a do art. 11 que prevê a concessão de aviso prévio ou, em seu lugar, uma indenização.
- c) a do art. 12, em razão do término do contrato de trabalho.

Todas têm causas distintas e propósitos diversos que não podem ser confundidos. Esta conclusão deflui não só do texto expresso da Convenção 158 como também da própria e autorizada interpretação da OIT.(1)

Estas indenizações têm por finalidade oferecer ao empregado uma reparação em virtude da perda do emprego, embora baseadas em diferentes causas. A primeira é arbitrada porque não houve justificação da dispensa. A segunda, em razão da ausência do aviso prévio e a terceira, de natureza objetiva, é fixada em razão da dispensa em si mesma, tida como um mal ou prejuízo sofrido pelo empregado.

Estes diferentes tipos ou modelos de indenização cumprem, no Direito do Trabalho, o mesmo propósito que a indenização desempenha nos demais ramos do Direito: compensar o prejuízo sofrido por alguém, consistente na supressão temporária ou definitiva de um bem da vida com o dever jurídico de indenização.(2)

A indenização tem uma função compensatória e através dela o direito exerce uma função satisfativa que consiste não só na reparação da lesão sofrida e também uma função social, no sentido de que o lesado pode confiar no ordenamento jurídico para a reparação do dano sofrido. Pelo critério da reparação se tem a exata imagem que a ordem jurídica faz do indivíduo por ela considerado.(3)

Tornando-se a cada dia o emprego um bem raro e difícil, o prejuízo sofrido pelo empregado em razão da dispensa é imenso. As chances de tornar-se um desempregado definitivo, sem possibilidade de retorno ao trabalho, é uma realidade que não pode ser excluída. Se já tem idade avançada, esta possibilidade é quase uma certeza. Torna-se um ônus para a sociedade que terá de sustentá-lo com os tributos recolhidos para custear o seguro-desemprego. Daí o sistema de proteção estabelecido pela Convenção 158 que impõe também ao empregador - e não só à sociedade e ao Estado - o dever de compartilhar com os ônus do desemprego.

INDENIZAÇÃO POR AUSÊNCIA DE CAUSA JUSTIFICATIVA DA DISPENSA.

É a prevista no art. 10. O trabalhador, que considerar injustificada sua dispensa, tem o direito de recorrer a um " órgão neutro " , que pode ser um tribunal, um tribunal do trabalho, um árbitro ou uma junta de arbitragem- art. 8º. No caso do direito positivo brasileiro, o órgão competente é a Justiça do Trabalho - art. 114 da CF.

Este órgão (ou seja, a Justiça do Trabalho, para o Brasil), considerando injustificada a dispensa, terá as seguintes alternativas:

- a) anular a dispensa e determinar a readmissão do empregado. Para a readmissão há duas ressalvas:
 - falta de competência para determiná-la.
 - impossibilidade, dadas as circunstâncias do caso, da readmissão.

Se o órgão não tem competência para reintegrar, ela se torna, como é óbvio, impossível perante aquele ordenamento jurídico. Se, embora tendo competência, julga-a inconveniente, ela não se verificará por motivo ligado à liberdade de decidir.

- b) indenização ou outra reparação que for considerada apropriada, ante a impossibilidade da readmissão.

Readmissão e indenização/reparação adequadas são, portanto, as duas possibilidades de ressarcimento na hipótese de dispensa não justificada.

Vamos analisá-las à luz dos princípios da Convenção 158.

Sendo a dispensa injustificada, ou seja, não se fundando em motivos ligados à capacidade e comportamento do empregado ou em motivos referidos às necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, a consequência natural é a sua nulidade. Não atingindo seu objeto o ato jurídico de natureza resiliatória , as partes retornam à situação anterior em que se encontravam. A readmissão é a medida que naturalmente se impõe à espécie porque restitui as partes à situação anterior.

Se a lei nacional vedar a readmissão, ou se ela se tornar impossível ou inconveniente em razão das circunstâncias concretas do caso, a indenização é a segunda medida possível.

A predominância da readmissão dada pela Convenção 158 é compreensível e faz parte da própria filosofia que a orientou. Empregado dispensado que recebe indenização não tem proteção no emprego mas sim uma reparação pecuniária pelo dano presumido que sofreu. Permissibilidade de dispensa e proteção ao emprego são dois conceitos que se excluem. Já dissemos a respeito :

" a reintegração é, pois, a única sanção eficiente e compatível com a dispensa arbitrária. Do mesmo modo que se flexibiliza relação empregatícia, permitindo-se nos casos próprios a dispensa não arbitrária, garante-se o emprego na hipótese contrária. Esta garantia é, sem dúvida, muito mais significativa para a sociedade e para o empregado do que uma mera soma de dinheiro de caráter indenizatório. "(4)

A Convenção 158 fala em " readmissão ". Alguns juristas brasileiros têm entendido que o uso da palavra importa em reconduzir o empregado ao emprego sem pagamento de salário, segundo distinção jurisprudencial armada em torno do art. 495 da CLT, para flexibilizar o peso da determinação ali contida: a reintegração se faz com o pagamento de salário do período do afastamento e a readmissão, sem eles.

A interpretação é absurda pois a Convenção 158 não iria utilizar-se de distinção da jurisprudência brasileira num tratado internacional que vige em diferentes países, onde a distinção nem sempre existe ou é estabelecida de maneira diferenciada. Por isso, usaremos doravante o termo " **recondução** " que tem significado neutro de **volta** ou **retorno** ao emprego (expressões que poderiam também ser empregadas).

A regulamentação do período de duração da ação trabalhista até a efetiva recondução ao emprego fica em aberto na C.158 e as soluções podem variar segundo os diferentes sistemas legislativos e a negociação coletiva pertinente:

- recondução com todos os direitos trabalhistas do período de suspensão.
- recondução apenas com os salários do período.
- recondução com direitos ou apenas com salários, descontando-se o que o empregado houver recebido em outro emprego ou pelo seguro-desemprego.

Não há nenhuma incompatibilidade da recondução (retorno, volta) ao emprego com a legislação brasileira. Primeiro, porque não está proibida por nenhuma lei. Segundo, porque é resultado da nulidade da dispensa (e seria absurdo que se reconhecesse uma nulidade e o ordenamento jurídico fosse impedido de atribuir-lhe a consequência natural, que é o retorno à situação anterior).

Todo ato jurídico é uma manifestação de vontade para criar, modificar ou extinguir direitos consubstanciados numa determinada situação jurídica, anterior à manifestação da vontade expendida. Se o que é nulo não produz efeito, como impedir o retorno à situação jurídica prévia, que já existia? Negado este fato, então o ato produziu efeito. E não é nulo...

Amauri Mascaro Nascimento bate-se contra a reintegração, com os seguintes argumentos:

" Assim dispondo o artigo 11 da Convenção 158 acaba por remeter a questão para os parâmetros do direito interno de cada país, no qual, em se tratando do ordenamento jurídico brasileiro, as leis asseguram reintegração em alguns casos, de algumas estabilidades especiais, e reparação com o pagamento de indenizações - dos quais os 40% do FGTS são uma modalidade - em outros casos.

Estas premissas levam à conclusão de que inexistente fundamento jurídico para ordenar reintegração de empregados salvo nos casos previstos pela legislação brasileira e que são os correspondentes às estabilidades dos dirigentes sindicais (CF, art., 8º, VIII) membro da CIPA (CF, art. 10, II, Disposições Transitórias), acidentado no trabalho (Lei 8213/91, art. 118) representante dos trabalhadores em órgão colegiado (Lei n. 8213/91, art 2º, 7º, gestantes (CF, art 10, II Disposições Transitórias) - com a observação de que neste caso há divergência quanto ao direito da gestante à reintegração ou à reparação respectiva ao tempo da estabilidade -, e estáveis segundo instrumentos coletivos de trabalho, nas estabilidades pré-aposentadorias e outras; acrescentem-se os empregados portadores de estabilidade decenal por direito adquirido (CLT art. 492) e que são os não optantes pelo FGTS que tinham completado, em 5.10.1988, 10 anos na mesma empresa "(5)

O art. 10 (e não o art. 11, como citado no texto) de fato dispõe que o organismo encarregado de julgar as questões da dispensa - no caso brasileiro a Justiça do Trabalho - chegando à conclusão de que a dispensa foi injustificada, tem duas alternativas como já se viu:

- ordenar ou propor a recondução (reintegração, readmissão, retorno, volta) do empregado ao emprego.
- propor uma indenização adequada ou reparação apropriada, se o organismo neutro não estiver habilitado a propor a recondução ou não a considerar possível devido às circunstâncias do caso.

Está claro, portanto, que a recondução tem prioridade na Convenção 158. E não poderia ser diferente pois ela visa exatamente proteger o empregado contra a dispensa imotivada e não regulamentar indenizações ao empregado dispensado.

Se não há a motivação, a dispensa é nula, havendo o retorno ao estado anterior, ou seja, a manutenção do vínculo empregatício.

Para que a recondução fosse incompatível com o direito brasileiro, seria necessário uma norma que dispusesse claramente a respeito e, fugindo à finalidade da Convenção 158, estabelecesse que o empregado imotivadamente dispensado recebesse apenas uma indenização.

Não é preciso dizer que, neste caso, estariam deturpados os seus mais nobres objetivos de garantir o emprego salvo causa ou motivo que justifique a dispensa. A indenização, em caso de impossibilidade da recondução, é um justo equilíbrio armado pela OIT, exatamente para flexibilizar os efeitos da dispensa imotivada e ajustá-la aos casos concretos e à realidade de cada país ratificante.

Diz ainda Amauri Mascaro Nascimento:

" Quanto aos empregados não portadores de estabilidade, a regra é a faculdade da dispensa, ainda que sem justa causa, por força do disposto na CF, art. 10, I, Disposições Transitórias, assegurado o direito às verbas rescisórias. E exatamente porque a Constituição Federal de 1988, como regra geral, suprimiu a estabilidade geral substituindo-a pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço independentemente de opção (CF, art. 7º, III) e prevê, a título de indenização, nos casos de dispensa arbitrária ou sem justa causa, o pagamento de 40% do FGTS (ADCT, art. 10) as regras da Convenção 158 não se aplicam no que contrariarem essas disposições que

são constitucionais. "(6)

É que o tratado ou a convenção internacionais revogam lei infraconstitucional mas não têm o mesmo efeito diante de leis constitucionais. Estas continuam a prevalecer até que venham a ser modificadas ou suprimidas, o que somente poderá acontecer através de reforma constitucional. "

O argumento de que a garantia no emprego é prevista de maneira excepcional, na lei e na CF, conforme os exemplos enumerados na citação, em nada mudam o equacionamento jurídico da controvérsia. De fato, era assim mas agora a prerrogativa estendeu-se a todos os demais empregados, pois não há nada na lei brasileira que impeça esta extensão.

Os empregados não portadores de estabilidade passaram agora a gozá-la nos moldes da Convenção 158.(7)

É verdade que o art. 10, I e II do ADCT dispõe que :

" Até que seja promulgada lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

I- fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, **caput** e 1º da Lei 5.107, de 13 de setembro de 1996. "

II- fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato.

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

O art. 10, I, tem vigência temporária: " até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição. "

Ora, a Convenção 158, valendo como norma infraconstitucional, embora com objetivo maior do que o previsto no art. 7º, I, acabou por regulamentá-lo porque introduziu o conceito de dispensa arbitrária ou sem justa causa no direito brasileiro.

Lembre-se que o plano inferior ao da Constituição é o das leis federais, aqui compreendidas a lei complementar e a ordinária.

Admitindo-se, como foi argumentado neste livro, que a Convenção 158, por versar tema que se arrola entre os direitos e garantias regulados no art. 5º da CF, dela passa a fazer parte integrante, conforme o § 2º deste mesmo artigo, a questão ainda mais se evidencia em clareza pois a norma de natureza constitucional situa-se, como é claro, em plano hierárquico superior ao da lei complementar.

Torna-se, portanto, desnecessária a citada lei complementar.

Cumpriu-se, finalmente, a promessa programática do art. 7º, II, da CF. Desceu do papel para os fatos, começando uma nova era nas relações individuais de trabalho no país.

Ao dispensar, no item II do art. 10 do ADCT, proteção contra dispensa arbitrária aos exercentes de cargo de direção sindical e à empregada gestante, o legislador constitucional apressou-se ao legislador infraconstitucional, outorgando-a desde logo às categorias que escolheu. Mas deu a entender, claramente, que ela se estenderia a todos os demais empregados, tão logo ocorresse a hipótese prevista no item I, o que agora se deu, conforme amplamente já foi argumentado.

Se prevalecesse o ponto de vista citado, tudo continuaria como dantes e a Convenção 158 seria aplicada pela metade.

Limitar a dispensa a uma simples indenização, qualquer que seja, não é proteger contra a dispensa mas institucionalizá-la. E, o que é pior, mediante um preço em dinheiro a exemplo de uma mera taxa que o empregador paga para se livrar do empregado. Um mero procedimento financeiro e patrimonial, sem levar em conta o lado humano e solidário, inseparável das questões que envolvem o trabalho e o emprego.

No mesmo sentido é a argumentação de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena(8):

" no que conveio à ordem jurídica nacional, estabeleceram-se garantias especiais de estabilidade para categorias ou situações especiais de trabalhadores, tais como os dirigentes sindicais, os empregados eleitos para cargos de direção da CIPA e para as gestantes (CF/88, art. 8º, VIII e seu ADCT, art. 10, II, a e b).

Generalizar a garantia de emprego ou colocar a sua continuidade ou não nas mãos do Juiz, como o fazem os artigos 4,7, 8 ns 1 e 2, 9 e 10, constitui prática atentatória aos princípios e limites constitucionais através dos quais a Carta de 1988 estabeleceu os estritos casos em que se assegura tal garantia e as expressas reparações, caso venha ela a ser inobservada. "

A resposta é a mesma já anteriormente dada. A garantia constitucional do emprego ficou restrita a algumas categorias até que se regulamentasse o item I do art. 7º, o que agora já foi feito pela Convenção 158.

Não há que estranhar-se a generalização da proteção. Ela já era querida pela própria CF, no art. 7º, item I, ao proteger a dispensa arbitrária ou sem justa causa e a indenização do art. 10, I, do ADCT era provisória até que o princípio maior acima tornasse realidade.

A rigor, o que se pode argumentar é exatamente o contrário do ponto de vista dos dois autores referidos.

A garantia do emprego das categorias previstas no item II, a e b do art. 10 do ADCT tinha também vigência provisória, a exemplo de seu item I, até que viesse a regulamentação. Como ela já existe não se há de falar mais em garantia especial de empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção

de acidentes nem de empregada gestante pois eles passaram a gozar da garantia normal de proteção contra a dispensa agora estendida a todo trabalhador.

A questão tem grande relevância porque a garantia agora dispensada a todos os empregados não prevê situações especiais tais como proteção a partir de registro e até um ano após final de mandato nem muito menos garantia que se estenda da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, no caso da empregada gestante.

Ambas as categorias passariam a gozar da mesma garantia de todos os empregados, sem as peculiaridades que a Constituição lhes concedeu.

A CONVENÇÃO 158 é propositadamente omissa a respeito dos efeitos da recondução, cumpre aos diferentes sistemas legislativos e à negociação coletiva preencher os espaços de flexibilização que lhes foram relegados.

Nesta passagem se vê claramente o erro dos que defendem a necessidade de lei reguladora da CONVENÇÃO 158. Utilizando-se de moderna técnica legislativa, fixou os princípios, deixando para os estados-membros a regulação conveniente. E esta não deve ser feita por lei mas sim pela negociação coletiva ou, nos casos concretos, pela equidade do juiz.

No exemplo dado, qualquer lei pecaria pelo excesso ou pela falta. Determinar a recondução em todas as hipóteses é desconhecer a realidade da pequena e média empresas bem como a natureza fiduciária do contrato de trabalho, que pode deteriorar-se em razão da disputa forense. Excluí-la, como querem alguns, é retirar da convenção o seu maior objetivo que é exatamente a proteção ao emprego. Uma linha de equilíbrio entre os dois lados é uma natural ilação de bom-senso que não deve faltar ao direito brasileiro.

Deve, pois, ficar em aberto uma margem de flexibilidade para a negociação coletiva e para os tribunais do trabalho, a fim de que se possa praticar a equidade, tanto na categoria quanto no caso concreto.

O mais interessante nesta discussão é que juristas, que são ferrenhos defensores da flexibilização e da desregulamentação, são agora os primeiros a defenderem a tese de que a CONVENÇÃO 158 precisa de norma regulamentadora interna.

No fundo a realidade é outra. Por incompreensão ou medo, o que se está objetivando é retirar dela a eficácia da rescisão não causada, para que tudo permaneça como dantes e a dispensa imotivada continue imperando entre nós.

Não sendo possível a recondução, será ordenado o pagamento de uma

- indenização adequada ou
- reparação apropriada.

A indenização, como já foi visto, visa ao ressarcimento da dispensa não causada ou inadequadamente causa (inexistência da causa alegada).

Variam no direito comparado os critérios pelos quais se lhe fixa o montante: natureza do emprego, antigüidade, idade, circunstâncias concretas do caso, possibilidade de novo emprego (considera-se a situação social e econômica), situação pessoal do trabalhador (estado civil, número de filhos, etc.).

Também se leva em conta o lado do empregador: tamanho da empresa, sua situação econômico-financeira, as circunstâncias do país, a crise social porventura existente, etc.

Em alguns casos, prevêm-se circunstâncias agravantes ou atenuantes ou o limite máximo e mínimo. (9) Também não faltam sistemas onde, além da indenização comum, acresce-se a de dano moral - Nova Zelândia, Canadá e Reino Unido. (10)

A falta de um critério definido, que a Convenção 158 propositadamente deixou de enumerar, cabe ao julgador estabelecer procedimentos equânimes na sua fixação.

A indenização, fixada segundo os critérios do art. 477 da CLT, colocada em desuso pelo FGTS, pode ser de grande utilidade. Poderá ser calculada uma indenização proporcional ao tempo de serviço, com base na maior remuneração. O período inferior a um ano seria pago proporcionalmente, à semelhança das férias e do 13^o.

Com esta base de referência, poderia haver aumento ou rebaixamento segundo as circunstâncias atenuantes e agravantes já consideradas. Isto sem prejuízo da negociação coletiva que poderá complementar, ampliar, reduzir ou modificar o critério.

O que não se aconselha é a intervenção do legislador, com medidas rígidas e formais, limitando a flexibilidade do juiz e o poder negocial das partes.

Porém deve ficar claro que uma indenização tarifada e fixa, aplicável indistintamente a todas as empresas, fixada em lei, como querem alguns, será um retrocesso. As grandes empresas vão pagá-la sem nenhum embaraço ou dificuldade. As pequenas e médias vão ter dificuldades.

Há de ficar para o juiz e para as negociações coletivas meios de agravar a indenização em certos casos e de minimizá-la em outros. Eis aqui outro exemplo concreto de flexibilização que alguns juristas, por conveniência ou por desconhecimento dos objetivos da CONVENÇÃO 158, não querem admitir.

A indenização tarifada e pronta da dispensa, tal como fixada pelo art. 477 da CLT, agrada a juízes e empregadores. Aos primeiros, porque podem fixá-la sem trabalho e maior aprofundamento da prova, levando em conta as condições próprias de cada empregador e empregado envolvidos na ação e a conjuntura externa econômica e mercadológica.

Os empregadores, em caso de pagamento, estão livres de maiores considerações para o cálculo do que devam pagar. Além do mais, não precisam negociar, coletiva ou individualmente com seus empregados, a respeito do montante que tenham de pagar.

Em uma palavra, por razões de comodismo todos querem simplificar as coisas.

Entretanto a conjuntura complexa e variável do mercado exige das empresas uma atitude permanentemente variável e adaptativa para enfrentar a concorrência e melhor servir ao cliente que exige, em muitos casos, tratamento até mesmo individualizado. O exemplo pode ser dado com as novas formas de produção, tais como o toyotismo, em que a criação de bens é voltada diretamente para a demanda e dirigida para a satisfação imediata do consumo, que dita a forma da produção, ao contrário da produção em massa que produz e cria as necessidades do consumo.(11)

Nos países em desenvolvimento, este ciclo não se operou ainda em sua intensidade máxima, convivendo, no processo produtivo, tanto empresas menores, para atender a um consumidor especial e restrito, quanto grandes empresas produtoras de bens em massa, tal como no modelo clássico.

Todos estes fatos mostram com clareza que a regulamentação da indenização e seu tarifamento em critério fixo e inflexível só trará prejuízo ao mercado e aos próprios autores do sistema produtivo. Só não vê esta realidade quem não quer.

Há, pois, necessidade de um tratamento diferenciado também no plano jurídico. Não tem sentido aplicar-se a um grande banco ou multinacional a mesma indenização que se impõe a uma microempresa. É preciso que se dê um mínimo de concretude aos princípios estabelecidos pelos arts. 170, IX e 179 da CF bem como à "adequabilidade" da indenização prevista na própria CONVENÇÃO 158.

O art. 10 fala ainda em "reparação apropriada". Que significa a expressão e qual o seu lugar além da "indenização adequada"?

A resposta só pode ser vista em razão da vontade do legislador internacional de sempre mostrar caminhos alternativos, flexíveis e não rígidos para a aplicação da Convenção em países com acentuadas diferenças jurídicas e culturais.

Pode ser que, em determinadas circunstâncias, as partes não prevejam indenização em dinheiro para o caso de dispensa mas sim prestações *in natura*, obrigações de fazer ou não fazer tais como manutenção da casa cedida durante o contrato de trabalho, obrigação de pagar salários por um certo período após a dispensa, vedação de concorrência na mesma cidade, etc.

Esta pode ser a área da reparação apropriada para o caso concreto.

Também aqui poderá inserir-se o dano moral.

INDENIZAÇÃO EM LUGAR DE AVISO PRÉVIO.

O art. 11 prevê a dação de "aviso prévio razoável" ou, em seu lugar, de uma indenização ao trabalhador. Há, entretanto, uma exclusão: "a não ser que o empregado seja culpado de uma falta grave de tal natureza que seria irrazoável pedir ao empregador que continuasse a empregá-lo durante o prazo do aviso prévio."

A concessão de aviso prévio, tal como previsto na CONVENÇÃO 158, é plenamente compatível com o Direito do Trabalho. A CF prevê "aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei."

Hoje, a proporcionalidade ao tempo de serviço não existe, aplicando-se apenas o prazo de trinta dias. Agora, prevendo-se "um prazo de aviso prévio razoável", esta razoabilidade pode ser retirada exatamente do tempo de casa, concretizando-se assim a diretriz constitucional - alongamento do prazo para os empregados mais velhos no emprego e diminuição para os mais novos.

O critério para a fixação da indenização será o mesmo apontado para o prazo do aviso prévio, quando este for substituído por uma indenização, a qual será calculada com base no tempo de serviço.

Como há entre o aviso prévio e a indenização a conjunção coordenativa alternativa "ou", um exclui o outro. Tratando-se de ato do empregador, a ele cabe a escolha.

Naturalmente este critério não excluirá outros, que se mostrem mais adequados para o caso concreto já que nenhuma razoabilidade se deixa esgotar num único princípio.

Pela redação do artigo, toda e qualquer terminação de contrato de trabalho se sujeitará doravante a aviso prévio. Não importa que a cessação se tenha verificado por motivo ligado à capacidade/comportamento ou por motivos relacionados à empresa/estabelecimento/serviço. A exceção é apenas uma: o empregado ter cometido uma falta de tal gravidade que não seria razoável pedir ao empregador que mantenha a relação de emprego no curso do aviso.

A redação do artigo 11 não é clara ou está mal traduzida. A segunda parte diz: "a não ser que o mesmo (ou seja, o empregado) seja culpado de uma falta grave de tal natureza que seria irrazoável pedir ao empregador que continuasse a empregá-lo durante o prazo do aviso prévio."

Já ouvimos a seguinte interpretação: a segunda parte do artigo se refere apenas a falta grave cometida no curso do aviso prévio quando então seria irrazoável exigir do empregador a continuidade do vínculo até o final já predeterminado.

Trata-se de interpretação literal que não pode ser aceita. Se é irrazoável exigir-se do empregador a manutenção do vínculo diante de falta grave cometida durante o aviso prévio, pelo mesmo fundamento a irrazoabilidade existe durante o curso da relação empregatícia.

O que o artigo quis dizer foi simplesmente que, sendo a falta grave de tal natureza que motive a imediata resolução do vínculo empregatício, não é justo que o empregador conceda aviso prévio e mantenha ainda o vínculo por este período.

É claro que, em tal hipótese, não se há de falar em indenização.

A imediata resolução do contrato de trabalho sem aviso prévio, nos países que dispõem de proteção

contra a dispensa, é uma exceção. No direito alemão, um dos primeiros sistemas jurídicos a disciplinar o assunto, a questão foi, pela primeira vez, definitivamente sistematizada e esclarecida, fazendo-se a diferença entre dispensa socialmente injustificada - " sozial ungerechtfertigte Kündigung " - chamada dispensa ordinária - Ordentliche Kündigung - da dispensa extraordinária (ausserordentliche Kündigung).

Na dispensa ordinária é que se centra a proteção contra a dispensa, passando de voluntária ou arbitrária a causada, tal como previsto no artigo 1º da Lei de Proteção contra a Dispensa - Kündigungsschutzgesetz de 1951- e agora introduzida entre nós pelo artigo 7º da CONVENÇÃO 158.

A doutrina é unânime em salientar que, havendo justa causa grave, (Wichtiger Grund), a dispensa é imediata, não se falando em aviso prévio. Portanto, os motivos não se limitam apenas ao prazo do aviso prévio.

A dispensa extraordinária se caracteriza pelo fato de permitir ao empregador a resolução imediata do contrato de trabalho sem a fixação de qualquer prazo em benefício do empregado, desde que exista um " motivo preponderante " ou " motivo principal " (Wichtiger Grund), tal como conceituado no artigo 626 do Código Civil Alemão.(12)

Esta indenização, como está bastante claro, nada tem a ver com outra anteriormente estudada, a qual é concedida em razão da inexistência de causa para a dispensa. Por isso são acumuláveis, não se podendo falar em complexividade de uma por outra.

INDENIZAÇÃO POR TÉRMINO DE SERVIÇO.

O artigo 12 prevê:

- **uma indenização por término de serviço ou outras compensações análogas, cuja importância será fixada em função do tempo de serviço e do montante do salário, dentre outros motivos.**
- **benefícios de seguro desemprego ou outros benefícios previdenciários.**
- **uma combinação entre ambos.**

A indenização prevista no item a) tem natureza objetiva e se refere à perda do contrato de trabalho considerada um fato em si mesma. Independentemente dos motivos da cessação, a perda do emprego é um mal para o empregado, a sociedade e o Estado. Por isso a possibilidade de uma indenização objetiva para compensar o dano presumido daí emergente.

O § 3º, entretanto, previu a possibilidade de perda do direito de desfrutar de indenizações e benefícios previstos no § 1º. Naturalmente, não só a perda mas restrições também podem ser previstas pelo legislador.

Esta indenização do art. 12, a) pode ser operada através do FGTS, cujo levantamento sempre se fará nas dispensas causadas, salvo se a falta cometida pelo empregado for de tal monta que impeça a concessão de aviso prévio. A correlação do FGTS e da CONVENÇÃO 158 será debatida em item à parte, a seguir.

O seguro-desemprego está instituído entre nós desde 11.1.90 pela Lei 7.998 e modificado pela Lei 8.900/94 e é garantido independentemente dos demais direitos a que o empregado faça jus por ocasião da dispensa. Portanto pode ser estabelecida uma coexistência harmônica e equilibrada entre os itens sub a) e b), levando-se em conta as razões do contrato de trabalho.

Desta forma se perfazem os três tipos de indenizações previstos na CONVENÇÃO 158, todas autônomas e independentes entre si.

O FGTS E A CONVENÇÃO 158.

O instituto do FGTS e a lei que o regula (8.036/90, com as alterações da Lei 8.678/93) precisa ser repensado depois da vigência entre nós da CONVENÇÃO 158 .

O art. 20 da Lei 8.036/90 trata da movimentação da conta do FGTS. No item I regula a hipótese mais comum e freqüente que interessa diretamente ao objeto deste estudo: despedida sem justa causa, inclusive a indireta, culpa recíproca e força maior, comprovada com o pagamento dos valores de que trata o art. 18.

Como, a partir da vigência da CONVENÇÃO 158, não há mais despedida sem justa causa, pois agora toda despedida tem que ser causada, como ficará a movimentação e o levantamento do FGTS?

Uma interpretação literal e imediata poderia propor que o item I foi revogado, permitindo-se o acesso aos depósitos apenas pelos demais itens.

Esta interpretação seria por demais rigorosa e formal pois dificultaria ao trabalhador a posse efetiva dos valores que, mais cedo ou mais tarde, cairão em seu patrimônio, além de retirar do FGTS uma de suas finalidades principais: auxiliar o empregado na transição para outra ocupação, no período em que permanece desempregado.

A dispensa hoje, embora causada, tem várias intensidades:

- a) quando ligada à capacidade do empregado, tem, natureza objetiva e independe de culpa.
- b) quando ligada ao comportamento, pode constituir-se em fato gravíssimo que torna impossível a manutenção do empregado na empresa pelo prazo do aviso prévio que lhe seria concedido. Mas também pode exteriorizar-se num fato leve, compatível com o aviso prévio ou indenização que o substitua.(13)
- c) quando relacionada com os motivos empresa/estabelecimento/serviço verifica-se somente no interesse do empregador. Há motivo mas do lado empresarial. É o sacrifício do empregado em prol do empregador.

Trata-se, como se vê, de uma gama de motivos que merecem, cada qual, considerações próprias e adequadas para que se chegue a um resultado equilibrado e racional.

Hoje, o FGTS não se vincula mais à indenização. É um direito autônomo do trabalhador, tal como garantido no art. 7º, I, da CF. A opção de atrelá-lo à dispensa sem justa causa (excluindo-lhe o acesso na dispensa por justa causa ou na demissão) é obra exclusiva do legislador. Em razão da neutralidade constitucional outras hipóteses seriam plenamente possíveis e não contrariariam sua finalidade.(14)

O princípio informador da lei ordinária foi franquear os depósitos ao empregado que perde o emprego por motivo alheio à sua vontade. Este é exatamente o caso da dispensa sem justa causa, ato arbitrário sediado na vontade exclusiva do empregador.

Este princípio deve permanecer com a CONVENÇÃO 158. O empregado só não fará jus ao FGTS quando não receber indenização ou aviso prévio, ou seja, quando praticar falta gravíssima. Nas demais hipóteses, fazendo jus às parcelas referidas, também terá acesso ao FGTS, que funcionará nos moldes da indenização prevista no art. 12, a) da CONVENÇÃO 158.

Embora a CONVENÇÃO 158 não seja lei complementar nem tem ou teve por finalidade regulamentar o art. 7, I, da CF, (15) o fato é que a dispensa arbitrária ou sem justa causa se encontra agora regulada no direito brasileiro e não existe mais a possibilidade de dispensar imotivadamente.

A conseqüência natural a extrair é que o item I do art. 10 do ADCT, de vigência temporária, deixou de existir e a multa de 40% não será mais paga pelo empregador. O empregado não será em nada prejudicado porque receberá indenização prevista no artigo 10.

A APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO 158 E A JUSTIÇA DO TRABALHO.

A CONVENÇÃO 158 obriga a empregados e empregadores repensar o papel da Justiça do Trabalho, que decidirá agora, caso o assunto não seja solucionado em órgãos extrajudiciais, se a dispensa foi ou não causada.

A discussão sobre os motivos da terminação do contrato de trabalho (causação da dispensa) é o que mais sobrecarrega os órgãos incumbidos de decidir controvérsias trabalhistas no mundo. Na Alemanha, em 1991, importaram em 135.565 casos, contra 109.000 sobre salário, 12.000 sobre férias e 109.000 (envolvendo todas as demais controvérsias).(16)

No Brasil, não há de ser diferente. Os conflitos individuais vão se resumir principalmente à dispensa. Mas agora o problema assume uma outra proporção. Antes, a espera do trabalhador para a solução da ação trabalhista era naturalmente aceita. A demora ficava por conta da necessidade de exercício dos rituais do processo e de seus defeitos, considerados insuperáveis: acúmulo de casos, recurso ordinário, revista, extraordinário, agravos e embargos. A espera de quatro anos, para o recebimento de um simples crédito alimentar, não sensibilizava juízes, advogados e sindicatos. Tanto que sempre foi assim e assim ainda continua.

A este fato, se acrescentava um outro - o interesse do empregador em prolongar a solução pois a demanda trabalhista lhe era - como ainda é - extremamente vantajosa : paga 3 ou 4 anos mais tarde o que tinha obrigação de pagar imediatamente após a dispensa, sem nenhuma sanção. O crédito é apenas acrescido de juros de mora e *pro rata die*, estes contados do ajuizamento da reclamação.(17)

Esta compensação é naturalmente bem inferior às vantagens que aufero o empregador colocando o crédito do empregado na atividade produtiva. Por isso, sempre foi melhor demandar do que pagar.

Agora, a questão está mudada. Se for determinada a reintegração, com todos os direitos e vantagens, a protelação será extremamente danosa ao empregador pois correrá o risco de pagar salários e direitos trabalhistas pelo período correspondente à duração da demanda. Ele passará a ter também interesse na rápida solução do conflito.

Hoje, o retardo da solução dos conflitos individuais não interessa a mais ninguém.

A conseqüência é que a Justiça do Trabalho terá que aparelhar-se para esta nova finalidade. Suas três instâncias, a recorribilidade exagerada, as formalidades desnecessárias, as infundáveis burocracias processuais vão ter que sofrer uma radical mudança para colocá-la no pórtico da era moderna, onde o tempo passou a ser também mercadoria (18) e, conseqüentemente, bem jurídico.

Este fato é mais um desafio, entre muitos outros, que a Justiça do Trabalho terá que enfrentar se não quiser desatualizar-se em seu objetivo e colocar-se em definitivo atraso em relação ao mundo em que vivemos.

A Convenção 158 foi uma grande conquista do Direito do Trabalho brasileiro. Sem garantir a estabilidade, limitou a dispensa. Trouxe também para os ombros do empregador a responsabilidade pelo desemprego, que pesava apenas sobre o trabalhador e a sociedade. Estabeleceu um justo equilíbrio de interesses: o do empregado, em manter o emprego: o do empregador em dispensar quando necessário.

Quando necessário, frise-se bem. Não mais apenas quando quiser.

NOTAS

* Juiz Togado do TRT 3ª Região e Professor-Titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da UFMG.

(1) - OIT. Protección contra el despido injustificado.- Conferência internacional do trabalho, 82ª Reunião, 1995, Ginebra, 1995, p. 91 : " esta indemnización (refere-se a citação ao art. 10) se distingue de la possible indemnización compensatoria del plazo de preaviso que figura en el artículo 11, así como de la indemnización por fin de servicio prevista en el artículo 12. "

(2) - José de Aguiar Dias. Da responsabilidade civil. 9ª ed. Forense, Rio, 1994, v.II, p. 714.

(3) - " Das Deliktrecht soll dem Geschädigten Ausgleich verschaffen...Der Ausgleich ist ein Element der den einzelnen sozialen Konflikt übergreifenden Befriedungsfunktion des Rechts; er hat außer der individuellen Funktion der tatsächlichen oder wirtschaftlichen Herstellung eines bestimmten Zustands als Wieder Herstellung des gestörten Friedens stets auch eine gesellschaftliche Zeichenfunktion: Daß zugunsten eines Geschädigten im Einzelfall unter Gerechtigkeiterwägungen für Ausgleich gesorgt wird, kann; zudem drückt sich in den Maßstäben, die für die Gestaltung des Ausgleichs gelten, das Menschenbild aus, dem eine Rechtsordnung sich verpflichtet weiß." O direito dos delitos visa a compensar o lesado...A compensação é um elemento da função satisfativa do Direito que supera o conflito entre pessoas: além da missão específica de restabelecimento de uma situação econômica ou de fato, como reconstrução da paz violada, tem ele ainda uma função social : quando, em favor de um levado se busca no caso concreto uma compensação inspirado em critérios de justiça, fica claramente salientado que o cidadão pode confiar na proteção do direito. Além disso, manifesta-se nos critérios estabelecidos para a compensação a própria imagem da pessoa, com a qual a ordem jurídica se compromete. Hans-Joachim Mertens in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München. C.H. Beck. 1980, Bd 3, p.1120.

(4) - Antônio Álvares da Silva. Proteção contra a dispensa na nova Constituição. 2ª ed. SP. LTr. 1992, p. 243.

(5) - As dispensas coletivas e a convenção n. 158 da OIT. LTr. SP. v.60, n.6, p.727. 734. jun. de 1996.

(6) - Op. cit. p.734.

(7) - Preferimos a expressão "garantia no emprego " à palavra "estabilidade", carregada do sentido histórico que lhe introjetou o antigo sistema de garantia no emprego da CLT, hoje anacrônico e superado.

(8) - LTr, citada, p.755.

(9) - Circunstâncias agravantes: a dispensa que importa na violação de direitos humanos ou internacionalmente garantidos: dispensa baseada em sexo, idade, raça ou de representante sindical, por exemplo.

(10) - Para a enumeração dos vários códigos e legislação do trabalho a respeito da indenização e dos critérios de sua fixação, ver OIT, Protección contra el despido injustificado, p.96.

(11) - Ricardo Antunes. Adeus ao trabalho. 3ª ed. SP. Cortez. 1995, p. 26. Diz ainda este autor: " O melhor aproveitamento possível do tempo de produção (incluindo-se também o transporte, o controle da qualidade e o estoque) é garantido pelo just in time. "

(12) - O art. 626 do Código Civil Alemão diz: " A relação de serviço pode ser denunciada por qualquer das partes, em razão de motivo preponderante (ou causa justificada) sem observância de prazo quando se verificarem fatos em razão dos quais não se pode exigir do denunciante o prosseguimento do vínculo até o fim do prazo de dispensa ou das condições convencionadas para a cessação da relação de trabalho, depois de consideradas todas as circunstâncias do caso concreto e ponderados os interesses de ambas as partes " Conforme consta da segunda parte do citado artigo, a dispensa deve ser pronunciada no prazo de duas semanas a partir do conhecimento dos fatos e a outra parte tem o direito de exigir por escrito os motivos da dispensa.

(13) - Por esta razão, está também revogado o art. 487, caput, quando exige, para a concessão do aviso prévio, a ausência de justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho. Hoje pode haver justo motivo e aviso prévio, ao mesmo tempo.

(14) - Por isso, não concordamos com a afirmativa de Francisco Antonio de Oliveira, Ltr, cit, p. 760 de que "A estabilidade em sede trabalhista restou alijada pela nova Carta Política (art. 7º, III) ao tornar obrigatório o regime fundiário". Hoje, o FGTS é direito autônomo do empregador e nada tem a ver com indenização em sede constitucional.

(15) - Ver, sob este aspecto, as detalhadas considerações que fizemos em A CONVENÇÃO 158 da OIT, cit, p.36.

(16) - Thomas Raiser. Das lebende Recht - Rechtssoziologie in Deutschland. 2 Auf.. Baden-Baden. Nomos Verlagsgesellschaft. 1995, p.411.

(17) - Art. 39 da Lei 8177/91

(18) - Jeremy Rifkin. O fim dos empregos. Rio. Makron Books. 1995, p. 108.