
BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS LIMITES À DISPENSA IMOTIVADA NO BRASIL E NA ITÁLIA

*BRIEF OBSERVATIONS ON THE LIMITS OF DISMISSAL WITHOUT
CAUSE IN BRAZIL AND IN ITALY*

*Cristiane Cantarelli Pouey
Procuradora Federal com atuação em matéria previdenciária
Especialista em Direito Público*

SUMÁRIO: Considerações Introdutórias; 1 Regimes de Estabilidade; 2 Breve Análise da Evolução Histórica da Proteção à Dispensa Imotivada no Brasil; 3 Considerações sobre a Proteção à Dispensa Imotivada na Itália; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: Como interesse social relevante, a manutenção dos contratos de emprego tem como seu principal meio de viabilização a proteção à dispensa imotivada, garantidora não só da continuidade dos vínculos, mas também da qualidade da relação de emprego. A abordagem do tema em nosso país teve uma evolução histórica característica, que passou pela estabilidade absoluta e resultou hoje numa espécie de estabilidade imprópria. Em outras palavras, a dispensa é ato potestativo do empregador havendo, no entanto, mecanismos que desestimulam a prática por meio da imposição de ônus pecuniários. Apesar de adotarmos a estabilidade imprópria, há forte tendência pela busca de uma segurança relativa, o que tem respaldo na Constituição Federal e na Convenção 158, da OIT. A Itália, por sua vez, adota o modelo de estabilidade relativa, com certas peculiaridades que seriam viáveis no modelo brasileiro. Assim, o presente estudo visa a traçar linhas gerais sobre a proteção à dispensa imotivada nos dois países a fim de que eventuais práticas italianas possam estimular o aumento da proteção em nosso país.

PALAVRAS-CHAVE: Dispensa Imotivada. Emprego. Estabilidade. Proteção. Brasil. Itália.

ABSTRACT: How relevant social interest, maintenance of employment contracts have as their primary means of protecting the viability waiver unmotivated, not only guarantor of the continuity of the bonds, but also the quality of the employment relationship. The theme in our country had a historical evolution feature, which passed by absolute stability and resulted in improper stability. In other words, the dismissal is potestative act of the employer having, however, mechanisms that discourage the practice by imposing a pecuniary burden. Despite adopting this mechanism, there is a strong tendency for the search of relative stability, which is supported by the Federal Constitution and Convention 158 of the ILO. Italy, meanwhile, adopts the model of relative stability, with certain peculiarities that fit with the Brazilian model. Thus, this study aims to outline provisions for protection waiver unmotivated in both countries so that any Italian practices can stimulate increased protection in our country.

KEYWORDS: Dismissal without Cause. Employment. Stability. Protection. Brazil. Italy.

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A manutenção do vínculo entre empregado e empregador é, notadamente, interessante tanto para as partes diretamente envolvidas como para a sociedade como um todo. O interesse óbvio do empregado na continuidade de sua relação laboral diz respeito à subsistência, proporcionada pelo recebimento de salário em troca da força de trabalho. O empregador, por seu turno, necessita de mão-de-obra para manter o funcionamento da empresa, e quanto mais especializada a força de trabalho, melhor é aproveitada, já que apresenta um maior desempenho e qualidade. Além disso, um empregado estimulado e envolvido por seu empregador tende a motivar-se no desempenho de suas tarefas, aumentando a lucratividade de quem explora o trabalho. Segundo Carmen Camino, “não é apenas o salário, pago pelo empregador, que é essencial para o empregado. A força de trabalho, entregue pelo empregado, é, também, necessária para o empregador”¹.

Ghezzi e Romagnoli lembram outras concretizações da manutenção da relação de emprego, mediante a efetiva proteção contra a dispensa imotivada - como a possibilidade de qualificação profissional, estímulo e perspectiva de crescimento na empresa, continuidade e adequação da renda:

aspiração do trabalhador àquele complexo de bens – qualificação profissional, continuidade e adequação da renda, perspectiva de carreira – que são indissolúvelmente ligados à ocupação em tempo integral e por tempo indeterminado; uma aspiração que, no período pós- Constituição, permaneceu constantemente no vértice dos pensamentos dos sindicatos e, por fim, foi protegida também pelo legislador².

Para a sociedade, o desemprego não é interessante, em especial porque o trabalho permite o alcance da dignidade humana, como uma afirmação democrática. O desemprego também estimula a precarização das relações de trabalho. Segundo Mauricio Godinho Delgado:

o trabalho com garantias mínimas [...] torna-se, na prática, o grande instrumento de alcance do plano social da dignidade humana. Ou seja, torna-se o instrumento basilar de afirmação

1 CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 100.

2 GHEZZI, Giorgio; ROMAGNOLI, Umberto. *Il rapporto di lavoro*. 3. ed. Bolonha: Zanichelli, 1995. p. 41. Tradução nossa.

peçoal, profissional, moral e econômica do indivíduo no universo da comunidade em que se insere³.

Aponta o autor ainda outros aspectos negativos do desemprego: para o empregador e sua família, desordens econômicas, sociais e psicológicas; para a sociedade, em especial no caso de desemprego em largas escalas, além da natural “desestruturação do sistema de convivência interindividual e comunitária”⁴, desordens no sistema previdenciário e assistencialista, agravamento da diferenciação e exclusão social, etc. Daí sempre vigorar no direito do trabalho tradicional a cultura de preservação do vínculo de trabalho, “desde que a dispensa não se funde em causa jurídica relevante”⁵. Também as políticas econômicas restam prejudicadas em sociedades com grandes índices de desemprego⁶.

No esquema de Plá Rodriguez⁷, dessa continuidade natural dos contratos laborais resultam algumas diretrizes do direito do trabalho, a saber, a previsão do contrato a prazo determinado apenas como forma excepcional, a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa e a manutenção dos contratos no caso de alteração na estrutura jurídica ou na propriedade da empresa que não afete a atividade econômica desenvolvida.

Diante do exposto fica evidente a necessidade e o interesse na tutela da continuidade da relação de emprego, princípio consagrado em nosso direito trabalhista - embora não consagrada em nosso direito a impossibilidade de dispensa do empregado como prerrogativa potestativa do empregador⁸.

Existem diversas medidas que servem como instrumento do direito do trabalho para opor resistência ao desfazimento do vínculo laboral. Carmen Camino⁹ explica com clareza que tais medidas possuem abrangência gradual: a *estabilidade imprópria*, hoje vigente no Brasil, tende a impor ônus ao empregador com a intenção de desestimular a dispensa - por exemplo, a indenização compensatória de 40% sobre os depósitos

3 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5.ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 1095.

4 DELGADO, 2006, p. 1097-8.

5 *Ibid.*, p. 1095.

6 MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Convenção 158 da OIT*. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5820/convencao-158-da-oit#ixzz26ag5O12K>> Acesso em: 24 set. 2012.

7 apud CAMINO, 2004, p. 100-2.

8 DELGADO, 2006, p. 1095-6.

9 CAMINO, op. cit., p. 531.

do FGTS e a recentemente regulamentada proporcionalidade do aviso prévio; a *estabilidade relativa*, que protege contra a dispensa aleatória e contra a dispensa abusiva, conforme preconizado pela Convenção 158 da OIT e pelo art. 7º, I, CF/88; e a *estabilidade plena*, que proíbe totalmente a despedida do trabalhador, salvo falta grave do empregado, reconhecida em processo judicial, modelo utilizado no Brasil antes da implementação do regime do FGTS.

1 REGIMES DE ESTABILIDADE

Estabilidade, em sua acepção jurídica, “consubstancia o direito do empregado de manter-se no emprego, salvo situações exaustivamente previstas na lei, retirando do empregador o direito de resilir o contrato de forma aleatória”¹⁰. Este conceito em seu sentido mais restrito é que caracteriza a chamada estabilidade plena, que teve consagração em nosso direito na CLT, art. 492, a partir de dez nos de vigência do contrato de trabalho¹¹, ou seja, primeiramente elevada a um grau absoluto. A única possibilidade de dispensa ocorria pela falta grave do empregado, reconhecida por decisão judicial transitada em julgado.

No entanto, a tendência é a relativização dessa garantia, sendo substituída pela proteção contra a dispensa abusiva ou aleatória¹². E nesse sentido, a mera imposição de ônus ao empregador pela dispensa (estabilidade imprópria, que passou a ter vigência no Brasil a contar de 1967) ganha relevância secundária, já que na prática não se mostra eficaz na proteção das relações de emprego. A estabilidade relativa – como é chamada a proteção contra a dispensa abusiva ou aleatória –, com diretrizes traçadas na Convenção 158 da OIT, já vem sendo adotada em diversos países.

Carmen Camino¹³ diferencia o despedimento abusivo daquele aleatório: este, sendo o despedimento “sem motivação social justificadora do ato” e aquele contemplando a dispensa exercida “com motivação discriminatória ou com o intuito de constranger o empregado, violando qualquer dos seus direitos de personalidade”.

A estabilidade imprópria é a imposição de onerosidade econômica ao empregador a ponto de desestimular a dispensa do empregado.

10 CAMINO, op. cit., p. 523.

11 “Art. 492. O empregado que contar mais de dez anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas”.

12 CAMINO, op. cit., p. 518.

13 Ibid., p. 524.

A despedida é possível, apenas desinteressante ao empregador. O empregado, por sua vez, não possui a garantia de emprego, mas recebe uma compensação pecuniária.

São exemplos desses tipos de ônus a proporcionalidade do aviso prévio ao tempo de serviço, a indenização pela despedida e as perdas e danos decorrentes da dispensa abusiva¹⁴.

Em nosso país, a *indenização pela despedida* que visa a desestimular a dispensa do empregado é o percentual rescisório de que são acrescidos os depósitos do FGTS no caso da dispensa sem justa causa. Era previsto originariamente - Lei 5105/66 - no percentual de 10% sobre a totalidade dos depósitos do curso do contrato. Com a Constituição de 1988, passou a 40%. A Lei 8036/90, que hoje rege o Fundo de Garantia, incorporou o percentual da CF/88. No caso da dispensa por culpa recíproca ou força maior o percentual era de 5% na vigência da Lei 5105/66 e com a Constituição Federal de 1988 passou para 20%, sendo mantido pela Lei 8036/90. Em 2001, a Lei Complementar 110 passou a prever um acréscimo de 10% ao percentual rescisório, a título de contribuição social de forma que, a contar de 27.09.2001, o empregador, na dispensa injusta, paga 50% de acréscimo sobre os depósitos da contratualidade, sendo 40% para o empregado e 10% de contribuição social.

O aviso prévio proporcional embora previsto na Constituição Federal não tinha aplicabilidade em razão de não possuir lei regulamentadora, o que restou resolvido com a edição da sucinta Lei 12.506/11, em vigor desde 13/10/2011. Assim, serão acrescidos três dias por ano de serviço prestado na mesma empresa (até um acréscimo máximo de 60 dias) aos trinta dias constitucionais (art. 7, XXI, CF) de aviso prévio.

Por fim, as *perdas e danos decorrentes da dispensa abusiva* estão previstos na Lei 9.029/95 e revelam a possibilidade de o empregado dispensado abusivamente (despedida discriminatória) optar, além da indenização pelos danos morais sofridos, pela reintegração no emprego ou por indenização compensatória:

Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

[...]

14 CAMINO, op. cit., p. 522.

Art. 3º Sem prejuízo do prescrito no art. 2º e nos dispositivos legais que tipificam os crimes resultantes de preconceito de etnia, raça ou cor, as infrações do disposto nesta Lei são passíveis das seguintes cominações:

I - multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em cinquenta por cento em caso de reincidência;

II - proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:

I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

A estabilidade imprópria é a vigente hoje no Brasil, especialmente porque pende de regulamentação o 7º, I, CF.

Por fim, a estabilidade relativa, que é a forma de proteção à continuidade da relação de emprego hoje adotada em grande parte dos países. Permite a dispensa do empregado, mas exige a motivação pelo empregador. Apenas o despedimento aleatório – e, é claro, o abusivo –, assim entendido aquele sem motivo relevante, é vedado.

Filosofia consagrada na Convenção 158, da OIT¹⁵, é uma forma de relativização à possibilidade de dispensa do empregado, apenas permitida em casos expressamente previstos em lei, que dizem respeito a fatores extrínsecos – geralmente motivos técnicos, econômicos ou financeiros – ou a fatores intrínsecos da relação de emprego – “justas causas decorrentes de atos ou omissões faltosas do empregado (*motivo disciplinar*, segundo

15 “Após o final da 1a. Grande Guerra (1919 - Tratado de Versalhes) é criada a OIT (Organização Internacional do Trabalho) e ao final da 2a. Guerra Mundial (1944 - Conferência de Filadélfia) o campo de atuação da OIT é ampliado, consagrando-se os princípios de que o trabalho não é mercadoria e de que o progresso econômico, apesar de importante, não é suficiente para assegurar a justiça social, cabendo aos Estados a imposição de limites ao poder econômico para fins de preservação da dignidade humana” (MAIOR, 2004)

a legislação brasileira), ou a circunstâncias impeditivas da prestação pessoal do trabalho”¹⁶. Embora a CF traga essa proteção no art. 7º, I remete à lei complementar a previsão:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

Nesse sentido, brilhante a crítica explanação de Souto Maior:

Ora, da previsão constitucional não se pode entender que a proibição de dispensa arbitrária ou sem justa causa dependa de lei complementar para ter eficácia jurídica, pois que o preceito não suscita qualquer dúvida de que a proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa trata-se de uma garantia constitucional dos trabalhadores. Está-se, diante, inegavelmente, de uma norma de eficácia plena. A complementação necessária a esta norma diz respeito aos efeitos do descumprimento da garantia constitucional. O inciso I, do art. 7º, em questão, faz menção, é verdade, à indenização como forma de concretizar a garantia constitucional e o artigo 10, inciso I, do ADCT, estipulou a indenização de 40% sobre o saldo do FGTS, para valer enquanto não votada a Lei Complementar, mencionada no inciso I, do art. 7º. No entanto, há de se reconhecer que a Constituição ao proibir a dispensa arbitrária acabou por criar uma espécie qualificada de dispensa.

Desse modo, a dispensa que não for fundada em justa causa, nos termos do art. 482, da CLT, terá que, necessariamente, ser embasada em algum motivo, sob pena de ser considerada arbitrária. A indenização prevista no inciso I, do art. 10, do ADCT, diz respeito, portanto, à dispensa sem justa causa, que não se considere arbitrária, visto que esta última está proibida, dando margem não à indenização em questão, mas à restituição das coisas ao estado anterior, quer dizer, à reintegração do trabalhador ao emprego, ou, não sendo isto possível ou recomendável, a uma indenização compensatória.

16 CAMINO, op. cit., p. 525.

Lembre-se, a propósito, que o art. 7º, I, mesmo tratando da indenização não exclui a pertinência da aplicação de “outros direitos”, como forma de tornar eficaz a garantia.

Assim, aplicados os preceitos constitucionais e legais, sob o âmbito individual, passam a existir quatro tipos de dispensa: a) a imotivada (que ora se equipara à dispensa arbitrária); b) a motivada (mas, sem justa causa); c) a com justa causa (art. 482, da CLT); e d) a discriminatória (prevista na Lei n. 9.029/95)¹⁷

2 BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO À DISPENSA IMOTIVADA NO BRASIL

Na CLT, art. 492, foi consagrada a estabilidade absoluta, a contar do décimo ano de vigência do contrato de trabalho. Vigia também, a indenização pela despedida, com base no art. 478, CLT. Mauricio Godinho Delgado¹⁸ explica que, em relação ao princípio da continuidade da relação de emprego,

o sistema celetista tradicional era um verdadeiro elogio ao mencionado princípio. De um lado, previa significativo e crescente contingenciamento econômico-financeiro às dispensas sem justa causa em contratos superiores a um ano, por meio de uma indenização rescisória que se calculava segundo o período contratual do empregado (caput dos arts. 477 e 478, CLT, hoje revogados tacitamente); de outro lado, a partir do décimo ano de contrato (período encurtado para nove anos pela prática jurisprudencial trabalhista da época: antigo Enunciado n. 26, TST), a dispensa injusta tornava-se juridicamente inviável, em face da estabilidade no emprego assegurada pela regra heterônoma trabalhista (arts. 492/500, CLT).

O autor¹⁹ lembra que o governo autoritário instaurado em 1964 viabilizou uma política econômica liberal, que se contrapunha ao sistema estabilitário rígido vigente. Assim, criou, por meio da Lei 5.107/66, uma alternativa às previsões celetistas, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço que, na verdade, a partir de 01 de janeiro de 1967 sequer era alternativa, mas sim a única possível opção para os contratos celebrados.

17 MAIOR, *op. cit.*, 2004.

18 DELGADO, 2006, p. 1098.

19 *Ibid.*, p. 1098-9.

O FGTS impossibilitou a estabilidade decenal celetista e reduziu o impacto econômico para o empregador na dispensa do trabalhador com menos de dez anos de serviço. O sistema anteriormente vigente foi substituído por um mecanismo de depósitos mensais, acrescido de percentual rescisório nos casos de dispensa injusta.

Assim, propiciou-se a denúncia vazia dos contratos de emprego, autorizando-se a despedida dos empregados sem que houvesse a necessidade de uma justificativa relevante, “noutras palavras, o motivo para a ruptura do contrato exigido pela ordem jurídica é interno, íntimo à vontade empresarial – trata-se do simples exercício do arbítrio pelo empregador”²⁰.

Dessa forma, nas Constituições subsequentes gradativamente foi sendo atenuada a aplicação do princípio da continuidade da relação de emprego, mediante o incremento do FGTS, até que, com a Constituição de 1988, que tornou o FGTS aplicável a todos os empregados – salvo os domésticos –, foi perfectibilizada a compatibilidade entre o fundo e algumas estabilidades. Mauricio Godinho Delgado esclarece que:

A Constituição de 1988, embora não tenha avançado significativamente nesta seara, pelo menos suplantou a contradição da ordem constitucional autoritária anterior, abrindo possibilidade a certa interpretação valorizadora do princípio da continuidade da relação de emprego. É que tornou o FGTS regime genérico aplicável a todo empregado (excetuado, ainda, o doméstico: art. 7º, III, CF/88). Com isso eliminou qualquer incompatibilidade entre o Fundo de Garantia e os institutos de garantias provisórias de emprego e, até mesmo, estabilidade (exceto a decenal celetista, é claro: art. 492, CLT). Hoje, o fato de o obreiro estar vinculado ao Fundo não obsta a que seja favorecido pela estabilidade decorrente de norma jurídica (por exemplo, servidores públicos regidos pela CLT, mas estáveis e com direito ao FGTS: art. 19, ADCT/CF-88; art. 41, CF/88). Não há também incompatibilidade entre o Fundo de Garantia e vantagens estabilidárias derivadas do contrato ou de regulamento empresarial.²¹

Com a Constituição de 1988 foi manifestada uma preocupação com a arbitrariedade nas despedidas: com os art. 7º, I e 7º, XXI são tomadas medidas de constrangimento às despedidas. São onerosidades impostas ao empregador como forma de desestimular a dispensa imotivada, no

20 Ibid., p. 1099.

21 DELGADO, op. cit., p. 1100.

caso a proteção à dispensa arbitrária ou sem justa causa, mediante indenização compensatória, e o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

Infelizmente, a jurisprudência firmou-se no sentido de negar eficácia imediata aos dispositivos (a situação da eficácia do dispositivo constitucional que prevê o aviso prévio proporcional restou superada com a edição da Lei 12.506/11).

No caso da proteção da dispensa arbitrária, ainda pendente de decisão a ADI que questiona a constitucionalidade da denúncia da Convenção 158, da OIT, pelo Presidente da República²². Ainda assim, o entendimento jurisprudencial é de que há necessidade de edição de lei complementar para que seja implementada a vedação à dispensa arbitrária prevista no art. 7º, I, CF. A despeito dos entendimentos de inconstitucionalidade da denúncia, e da exigência de lei complementar para a aplicabilidade do art. 7º, I, CF, fato é que a Convenção 158 da OIT e nossa Constituição Federal estão em perfeita consonância ao entender pela vedação à dispensa imotivada. Além disso, Souto Maior lembra que “O modelo jurídico nacional já traz, há muito, definição neste sentido, entendendo-se como arbitrária a dispensa que não se funde em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, conforme previsto no art. 165, da CLT”²³.

Percebe-se, assim, que nosso país passou inicialmente pela estabilidade absoluta e hoje vive dias de estabilidade imprópria. Mas é inegável que a estabilidade relativa, presente em diversos países e sustentada pela Convenção 158, da OIT, é tendência também no Brasil, já que desde a Constituição de 1988 é evidente essa busca por acentuar os instrumentos constrangedores da dispensa – previsão e posterior regulamentação do aviso prévio proporcional ao tempo de contrato e

22 A Convenção teve vigência internacional a partir de 23.11.1985 e passou a vigorar no direito pátrio em 05.01.1996, após aprovação pelo Congresso Nacional e depósito da carta de ratificação pelo governo brasileiro na Repartição Internacional do Trabalho, da OIT. Carmen Camino lembra que a promulgação da Convenção 158, da OIT, pelo Decreto 1.855/96, gerou debate interno com relação à eficácia, segundo a autora, “ensejando intenso debate doutrinário e jurisprudencial em torno da sua eficácia vinculativa, diante da exigência de lei complementar regulamentadora do instituto da proteção contra o despedimento abusivo” (CAMINO, 2004, p. 527). Diante das questões internas, após pouco mais de seis meses da promulgação, a Convenção foi denunciada. A constitucionalidade da denúncia está sendo apreciada na ADI 1625, ainda pendente de julgamento.

23 MAIOR, 2004. O autor entende que “a dispensa imotivada não foi recepcionada pela CF/88 e que os preceitos da Convenção 158 da OIT expressos no art. 7º, I, CF, possuem eficácia plena [...] O inciso I, do art. 7º, em questão, faz menção, é verdade, à indenização como forma de concretizar a garantia constitucional e o artigo 10, inciso I, do ADCT, estipulou a indenização de 40% sobre o saldo do FGTS, para valer enquanto não votada a Lei Complementar, mencionada no inciso I, do art. 7º [...] Lembre-se, a propósito, que o art. 7º, I, mesmo tratando da indenização não exclui a pertinência da aplicação de ‘outros direitos’, como forma de tornar eficaz a garantia”.

alteração de 10 para 40% e, após, 50% do percentual de acréscimo rescisório do FGTS – e implantar uma efetiva estabilidade relativa – previsão constitucional do instituto e ratificação da Convenção 158, da OIT, mesmo que tenha sido negada pelo STF a aplicabilidade imediata ao art. 7º, I, CF e denunciado pelo Presidente da República o referido tratado.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO À DISPENSA IMOTIVADA NA ITÁLIA

A proteção à dispensa imotivada na Itália teve um caminho um pouco diferente daquele percorrido no Brasil. O Código Civil italiano de 1942 não fazia distinção entre a dissolução contratual promovida pelo empregador e aquela de iniciativa do empregado. Tal entendimento decorria do pressuposto de igualdade formal entre as partes e concedia ampla liberdade tanto ao patrão como ao trabalhador na dissolução do vínculo entre eles, exigindo apenas a concessão de um aviso-prévio – ressalvada a justa causa. Havia previsão, porém, de garantias temporárias de emprego como, por exemplo, no caso de acidente do trabalho, gravidez, etc.

Algumas leis posteriores estenderam a proteção temporária a outras situações, mas a grande conquista veio, de fato, com as negociações coletivas, que passaram a distinguir entre dispensas individuais e coletivas e a estabelecer requisitos essenciais à validade da despedida – por exemplo, a presença de um justificado motivo –, sob pena de readmissão ou do pagamento de indenização compensatória. Porém, tais vitórias alcançavam apenas os empregados vinculados aos sindicatos acordantes e, ainda assim, apenas nas empresas com mais de 35 empregados.

Lorena Porto²⁴ faz uma interessante abordagem do tema:

A disciplina construída pela negociação coletiva - que perdeu quase duas décadas (1947-1965) -, frente à evidente resistência dos empregadores, não conseguiu colocar um limite “real” ao poder de dispensa imotivada, mas apenas desestimulá-lo através de sanções pecuniárias. Mas apesar das duras críticas da doutrina da época quanto às suas limitações, tal disciplina exerceu papel considerável “pela sua imediata operacionalidade, pelas suas potencialidades experimentais [...] pela sua desejável preliminariedade em relação

24 PORTO, Lorena Vasconcelos. *La disciplina dei licenziamenti in italia e nel diritto comparato: una proposta per il diritto del lavoro in Brasile*. Roma: Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma Tor Vergata, 2008. 383p. (Tese, doutorado em Direito), p. 117.

a uma futura intervenção da legislação”, além de ter introduzido inovações, como a distinção entre dispensas individuais e coletivas e a diferenciação de disciplina de acordo com os vários tipos de dispensa (ordinária, disciplinar, de represália). In GRANDI, Mario. Licenziamento e reintegrazione. p. 10-12. Tradução nossa.

Em 1966, então, foi editada a Lei 604, que passou a exigir uma motivação para a validade da despedida. O ônus da prova desta justa causa ou justificado motivo era, por óbvio, do empregador. Eram previstas algumas exceções, como bem ressalta Lorena Porto²⁵, ao afirmar que a lei

excluía de seu âmbito algumas categorias de trabalhadores: os empregados ocupantes de cargos de confiança (“dirigenti”), os trabalhadores em período de prova, os que já haviam alcançado os requisitos para a aposentadoria ou que possuísem mais de 65 anos de idade, e os que trabalhavam para empregadores, que, exercentes de atividade com ou sem fins lucrativos, possuísem menos de 36 empregados. Estes continuavam, destarte, sob a égide do art. 2.118 do CC/42 (dispensa “ad nutum”).

Além de não regular as dispensas coletivas, a Lei 604/66 permitia ao empregador optar entre a readmissão do empregado ou o pagamento de indenização - salvo dispensa discriminatória, cuja consequência era a declaração de nulidade do ato do patrão. A tutela de emprego mediante a opção entre readmissão ou pagamento de indenização é chamada *tutela obrigatória*, em contraposição à *tutela real*, mais protetiva, que obriga a reintegração do empregado dispensado imotivadamente, e que foi introduzida no direito italiano pela lei Lei 300/70, o chamado Estatuto dos Trabalhadores.

Este diploma representou grande avanço na proteção ao trabalhador, mas manteve de fora os empregados de determinadas categorias de empregadores, como os exercentes de atividades sem fins lucrativos, as unidades produtivas das empresas industriais e comerciais com menos de 16 empregados e das empresas agrícolas, com menos de 6 trabalhadores, situação que alcançava quase todos os empregados italianos. Diante da possibilidade de um referendo ab-rogativo das exceções em questão, foi aprovada a Lei 180/90,

que redefiniu a área de aplicação da proteção contra a dispensa imotivada e introduziu algumas inovações. O objetivo desse diploma

²⁵ Ibid., p. 118.

foi exatamente o de evitar a realização do referendo (fixado para o dia 03 de junho de 1990) [...]

Como ressaltam GIORGIO GHEZZI e UMBERTO ROMAGNOLI, a Lei n. 108/90, que modificou tanto a Lei n. 604/66, quanto o art. 18, da Lei n. 300/70, representou um compromisso político, assim descrito: a pressão social para unificar as tutelas legais preexistentes, universalizando a tutela real, não venceu; mas foi generalizada a figura da dispensa vinculada a um motivo e o art. 2118, CC, embora não tenha sido completamente expurgado do ordenamento jurídico, foi confinado às margens do mesmo, desenvolvendo uma função reguladora residual'. De fato, 'com exceção de algumas categorias de trabalhadores, não numerosas, nem apinhadas, a espinha dorsal da disciplina da cessação do contrato de trabalho – isto é, igualdade formal das partes – foi despedaçada'.²⁶

Assim, o regime vigente na Itália²⁷ no caso das dispensas por iniciativa do empregador (o empregado tem liberdade total de dissolução do vínculo, bastando conceder aviso-prévio) é o da despedida justificada, com algumas exceções:

- o empregado doméstico - justificado pela relação de fidúcia exigida no trabalho dentro da residência do empregador, já que o direito italiano preocupa-se notadamente com a tutela da família;
- o empregado com mais de 65 e com condições de se aposentar com proventos integrais (que continuava trabalhando além de seu próprio interesse também no interesse da administração previdenciária, pois continuaria contribuindo ao regime) - já que possui fonte de subsistência (proventos de aposentadoria) e abriria um posto de trabalho, permitindo maior oportunidade de trabalho aos mais jovens (o desemprego de jovens é um grave problema na Itália atual);
- os atletas profissionais - que possuem legislação própria;

²⁶ PORTO, op. cit., p. 119-20.

²⁷ Em julho de 2012 entrou em vigor a Lei 92/12, que promoveu uma reforma trabalhista na Itália e alterou algumas das regras aqui estudadas.

- os contratados pelo período de experiência (contratos com duração prevista em normas coletivas, de no máximo seis meses) – em razão natureza do contrato. A questão da constitucionalidade do dispositivo foi discutida, mas prevaleceu o entendimento pela validade da norma, porém com a vedação de dispensa ilícita ou discriminatória, cujo ônus de prova recai sobre o empregado dispensado. Além da dispensa ilícita ou discriminatória também tem a possibilidade o experimentado de comprovar que não foram avaliadas suas capacidades ou que, avaliadas, satisfizeram o empregador;
- os detentores de cargos ou função de confiança (constitucionalidade reconhecida pela corte constitucional, apenas com divergência sobre o enquadramento – se apenas o diretor geral da empresa ou se abrange outros dirigentes. Além disso, existe jurisprudência contrária à exceção por entender que a relação de fideiúcia não é a mesma do empregado doméstico) - relação especial de fideiúcia com o empregador. São protegidos, via de regra, pela tutela obrigatória.

Existem ainda casos de garantias temporárias de emprego em razão de situações específicas, por exemplo, exercício de cargo eletivo, doença do trabalho, gravidez, casamento, etc., situações em que os empregados apenas podem ser dispensados por justa causa ou por cessação da atividade empresarial, sob pena da dispensa ser considerada temporariamente ineficaz em alguns casos, e nula em outros (reintegração acrescida indenização pelo período de afastamento). Porém, não abordaremos o assunto das garantias temporárias de emprego com mais detenção por não ser este o objeto do estudo.

À exceção dos casos acima abordados, a dispensa apenas pode ocorrer no caso de justa causa ou justificado motivo. O empregador deve avisar o empregado por escrito da dispensa e, em até 15 dias, o empregado pode solicitar os motivos, caso em que o patrão terá 7 dias para responder, sob pena de nulidade da dispensa, o que não obsta, porém, nova dispensa com efeitos *ex nunc*, desde que, desta vez, cumpridos os requisitos formais.²⁸ No prazo decadencial de 60 dias, contados da ciência dos motivos, o empregado pode contestar sua

²⁸ Lorena Porto complementa dizendo que “os motivos comunicados por escrito ao empregado são imodificáveis, não podendo o patrão invocar em juízo razões diversas. A imodificabilidade dos fatos alegados não se confunde com a possibilidade de se dar aos mesmos uma qualificação jurídica diversa, o que

dispensa – declaração de ilegitimidade, com ressarcimento do dano. Passado este prazo, pode ajuizar uma ação ordinária de reparação de danos eventualmente sofridos, desde que a dispensa tenha ocorrido por fato injusto – indenização por fato ilícito.

A justa causa no direito italiano não é tipificada em lei, mas é definida pelo Código Civil italiano em seu artigo 2119 como “uma causa que não permite a continuação, mesmo que provisória, da relação de emprego”. Assim, quem determina os casos a ser aplicada a justa causa é a doutrina e a jurisprudência italianas, havendo uma corrente, majoritária na doutrina, que restringe as hipóteses de justa causa ao âmbito contratual - assim entendido um inadimplente grave da relação de emprego – e uma segunda corrente, majoritária na jurisprudência, que estende a abrangência da justa causa a fatos alheios a relação de emprego, mas que “têm o condão de atestar a inidoneidade do trabalhador, não do ponto de vista físico ou técnico, mas, sim, em relação às qualidades pessoais (morais, de imagem) necessárias ao desenvolvimento de suas funções contratuais”²⁹.

O justificado motivo, por sua vez, é definido pelo art. 3, da Lei 604/66: “Il licenziamento per giustificato motivo con preavviso è determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro ovvero da ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”, que vem a ser de espécie subjetiva - um notável inadimplemento das obrigações contratuais do empregado - ou objetiva - uma razão inerente à atividade produtiva, à organização do trabalho e ao regular funcionamento desta.

Lorena Porto³⁰ explica que:

Assim como a justa causa, o justificado motivo subjetivo refere-se a uma conduta do trabalhador, exigindo, para a sua configuração, os requisitos acima aludidos, como a importância da falta cometida, a imediatividade, a culpa grave ou o dolo do obreiro e a análise em concreto de seu comportamento²⁹². Demais disso, o juiz não está vinculado à tipificação presente nos contratos coletivos, a não ser em benefício do trabalhador.

pode vir a ensejar, por exemplo, a conversão pelo juiz de uma dispensa por justa causa em uma despedida por justificado motivo subjetivo, como vimos.” (PORTO, 2008, p. 166)

29 Ibid., p. 132.

30 PORTO, op. cit., p. 134.

A diferença entre as duas figuras é de caráter quantitativo, vez que o justificado motivo subjetivo abrange infrações contratuais menos graves, que, por tal razão, não retiram do trabalhador o direito ao aviso prévio²⁹³. Importa observar que a divergência acerca da conceituação da justa causa aqui não se faz presente, vez que ambas as correntes acima citadas, face ao exposto texto legal, convergem no sentido de o justificado motivo subjetivo abranger apenas o inadimplemento contratual.

Destarte, caberá ao magistrado, na análise do caso concreto, aferir e valorar a gravidade da conduta, para distinguir as duas figuras.

Segundo Antonio Alvares da Silva³¹, essa diferenciação quantitativa assemelha-se em demasia à brasileira diferenciação entre justa causa e falta grave (art. 493, CLT).

Por seu turno, o justificado motivo objetivo diz respeito a uma condição da própria empresa. Nas palavras de Luis Sanseverino:³²

A despedida por motivo justificado relaciona, antes de mais nada, com a 'atividade de produção' que a empresa cria, cujas variáveis exigências, do ponto de vista predominantemente econômico, podem requerer modificações no complexo do pessoal, não apenas sob o aspecto quantitativo, mas também qualitativo.

Trata da atividade produtiva da empresa, da organização do trabalho e do regular funcionamento, mesmo não havendo inadimplemento pelo empregado, que é preterido em face das exigências técnicas e econômicas da organização da empresa. Há quem admita, ainda, casos referentes à impossibilidade superveniente do empregado, como acontece nas situações de inidoneidade física superveniente, que permite a dispensa caso não seja possível readaptar o empregado a outra função. Além disso, situações de perda de requisitos essenciais à execução do trabalho como, por exemplo, perda do porte de arma (policial) ou vencimento da permissão de residência na Itália.

A jurisprudência majoritária entende que a dispensa por justificado motivo não pode ter seu mérito analisado pelo judiciário, cabendo apenas analisar a real existência do fato alegado e o seu nexos de causalidade com a dispensa. Ao empregador cabe comprovar a real supressão do posto

31 SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991, p. 106.

32 SANSEVERINO, Luisa Riva. *Curso de direito do trabalho*. trad. Elson Guimarães Gottschalk. São Paulo: LTr, 1976. p. 361.

de trabalho, o motivo objetivo que o levou a escolher dentre os demais aquele empregado para ser dispensado e a inexistência de posto de trabalho na empresa que pudesse ser ocupado pelo empregado despedido (caso de posição de função inferior o ônus da prova da intenção de ocupar recai sobre o empregado dispensado).

De acordo com o tipo de empregador, haverá um ou outro regime de proteção do empregado com relação aos efeitos de uma dispensa injustificada³³. Para os empregadores com mais de 15 empregados³⁴ na unidade produtiva ou empregador rural com até 5 empregados na unidade produtiva (ambos considerado o âmbito do município, e desde que o total de empregados seja inferior a 60), empregadores não empresários, das chamadas organizações de tendência³⁵, independentemente do número de empregados que possuam, o regime é o da tutela obrigatória. Por este regime, o empregador que dispensar o empregado sem justa causa ou justificado motivo, pode optar por readmiti-lo³⁶ ou pagar-lhe uma indenização.³⁷ Optando por readmiti-lo, o empregado pode recusar, caso em que será devida a indenização. Cumpre frisar que esta dispensa imotivada, apesar de ilícita, não é inválida.

Para os demais empregadores que dispensem imotivadamente, a tutela prevista é a chamada real ou forte, que determina a reintegração do trabalhador. A despedida, neste caso, é nula e não produz qualquer efeito, de forma que a relação empregatícia é a mesma, não havendo a formação de novo contrato de trabalho. Ainda são devidos os salários relativos ao período ocorrido entre a dispensa e a reintegração (bem como são devidas as contribuições assistenciais e previdenciárias). Sem prejuízo dessa indenização, o empregado pode requerer a substituição da reintegração por uma nova indenização, equivalente a 15 vezes o valor de sua remuneração mensal, desde que requerido em até 30 dias a contar de sua intimação judicial da sentença que determinou a reintegração. Também possui 30 dias, a contar do convite do empregador, para retornar às atividades, sob pena de ver extinto seu contrato de trabalho.

33 mas sempre sujeitos a uma tentativa prévia de conciliação em sede administrativa ou sindical.

34 ao utilizar a expressão “dipendenti” (empregado) a lei exclui no cômputo as relações não empregatícias.

35 empregadores não empresários que desenvolvam atividades de natureza política, sindical, cultural, educativa ou religiosa, ou seja, é necessário desenvolver atividade eminentemente ideológica e não possuir finalidade lucrativa (natureza empresarial).

36 Ocorre a constituição de um novo contrato de trabalho, e não a reintegração prevista pelo regime de tutela forte.

37 O valor da indenização é pré fixado em lei (o que exime o empregado da produção da prova de dano) e depende do número de trabalhadores da empresa, dimensões do empreendimento, tempo de serviço, comportamento e condições da parte.

Para os empregados públicos cujas relações foram privatizadas, a tutela é a obrigatória, independentemente do número de empregados; os demais (juizes, membros do MP, forcas armadas, professores universitarios), segem sendo regidos pelo direito administrativo.

Entretanto, não há meio coercitivo de obrigar o empregador, mesmo que condenado à reintegração, de promovê-la efetivamente. Mesmo que o empregador continue responsável pelo pagamento da remuneração e das demais contribuições – até a extinção da relação, por aposentadoria ou pedido de demissão, por exemplo –, o fato de manter o empregado afastado do trabalho acaba, invariavelmente, levando a que o empregado procure um novo posto de trabalho em outra empresa, o que vai permitir ao empregador originário, que feche aquele posto de trabalho, o que é prejudicial não só para o empregado dispensado, mas para a sociedade como um todo. Daí parte da doutrina defender a possibilidade de cumprimento da ordem de reintegração por meio da execução forçada das obrigações de fazer. Ainda defendem a possibilidade de imposição de uma sanção penal como forma coercitiva de cumprimento da ordem de reintegração.

Ao lado das dispensas *ad nutum*, as protegidas pela tutela obrigatória e as que estão ao resguardo da tutela real, existem proibições legais à dispensa, independente do regime a que o empregado se submeta. São elas as dispensas discriminatórias e aquelas por motivo ilícito ou em fraude à lei. Em ambos os casos o ônus da prova recai sobre o empregado (já que se trata de fato constitutivo de seu direito). Ambas são nulas e obrigam a reintegração do empregado, mesmo que sujeito ao regime de dispensa *ad nutum* ou à tutela obrigatória.

A dispensa discriminatória alcança, além dos motivos político, religioso, étnico, racial, de língua, sexo, deficiência física/mental, de idade, orientação sexual, convicções pessoais, a dispensa motivada pelo engajamento sindical do empregado ou a participação em greves³⁸.

Lorena Porto³⁹ levanta uma questão interessante:

Discussão interessante é aquela relativa à possibilidade da configuração de uma dispensa discriminatória efetuada por uma organização de tendência, vez que, sendo uma determinada ideologia inerente à sua constituição e ao desenvolvimento de suas atividades, seria inconcebível a manutenção de um empregado com convicções divergentes (*v.g.*, o diretor de um partido político de extrema direita

38 A Convenção 158 da OIT também vai neste sentido.

39 PORTO, *op. cit.*, p. 163-4.

que decide converter-se à ideologia marxista). Esta é, inclusive, uma das razões pelas quais tais organizações são excluídas do regime da tutela real. Entende-se, portanto, que não se configuraria a dispensa discriminatória, salvo que o empregado exerça funções neutras, isto é, não relacionadas diretamente ao objeto da organização (*e.g.*, faxineiro, motorista) ou se o fator que motivou a dispensa, de caráter discriminatório, é diverso da ideologia relevante para a organização (*v.g.*, no mesmo exemplo acima, o aludido diretor é dispensado por ser portador do vírus HIV).

Por sua vez, a dispensa por motivo ilícito é aquela contrária às normas imperativas, à ordem pública ou aos bons costumes – por exemplo, represália por ação judicial movida pelo empregado ou descumprimento de ordens ilegais –, e a dispensa em fraude à lei é aquela que visa a escapar de uma norma imperativa – por exemplo, dispensa do empregado às vésperas da venda da empresa, com posterior readmissão pelo empregador sucessor.

A legislação italiana protege, ainda, as dispensas coletivas, por guardarem um prejuízo relacionado não só à pessoa do empregado dispensado, como com toda a sociedade. Segundo Lorena Porto⁴⁰, a dispensa coletiva ocasiona “um problema social, que é tanto mais grave quanto maior o número de obreiros dispensados”. Assim, legislador italiano e sindicatos perseguem ao passar do tempo instrumentos para evitar ou minimizar estas dispensas, inclusive orientados por diretivas do legislador da Comunidade Européia.⁴¹

A primeira tentativa surgiu com as negociações coletivas, seguidas pela legislação italiana (Lei 223/91), compelidas pela Corte de Justiça da Comunidade Européia, já que as tutelas negociais não alcançavam todos os empregados. Espécie de dispensa individual por justificado motivo objetivo (decorre, via de regra, de razões da empresa), tem mais impacto porque envolve um número considerável de trabalhadores.

Caracteriza a dispensa coletiva aquela que alcance, em 120 dias, mais de 5 dispensas na mesma unidade produtiva ou mesma província, desde que o empregador possua mais de 15 empregados e que a dispensa se dê em razão de transformação ou redução da atividade ou do trabalho. Empresas menores e empregadores não empresários não são alcançados pela lei. Caso a empresa volte a contratar no prazo de 6 meses após a

40 Ibid., p. 169.

41 Atualmente, diretiva n. 59, de 1998, que dispõe, em seu segundo considerando, que “é necessário reforçar a proteção dos trabalhadores em caso de dispensa coletiva, levando em conta a necessidade de um desenvolvimento econômico e social equilibrado na Comunidade”

cessação do contrato, os empregados dispensados têm preferência na recontração, excluídos casos de diferentes exigências de qualificações profissionais ou requisitos não atendidos pelos empregados dispensados.

Antes da efetivação das dispensas coletivas, os sindicatos – inclusive assistidos por especialistas, se for o caso – buscam alternativas a fim de evitar ou minimizar os danos, por exemplo, mediante readequação dos empregados em outros setores da empresa ou redução da jornada de trabalho. Frustradas as tratativas, passa ao ente administrativo a busca por uma solução que, não alcançada, autoriza as dispensas pelo empregador⁴². Quem define quais os empregados serão dispensados é o próprio empregador, porém obedecendo a critérios objetivos ditados pelos contratos coletivos, ou na ausência deles, critérios supletivos legalmente previstos – encargos familiares, antiguidade e exigências técnico-produtivas e organizativas –, sob pena de invalidade da dispensa. Após, a fim de facilitar o controle do ato, o empregador deve indicar especificamente e com detalhes a aplicação dos critérios de escolha. Não observados estes requisitos, a dispensa é nula e os empregados devem ser reintegrados podendo, porém, optar pela indenização substitutiva.⁴³

Outros mecanismos de proteção às dispensas são a CIG e o TFR. Um chamado amortizador social⁴⁴ do tipo preventivo, a *Cassa Integrazione Guadagni* (CIG), ou Caixa de Integração Salarial, criticada por não possuir aplicação geral (apenas aos industriários), é mecanismo previdenciário que integra ou substitui a remuneração dos empregados em caso de eventos transitórios e situações temporárias de mercado não imputáveis ao empregador (CIG ordinária) e casos de crises econômicas setoriais de reestruturação, reorganização ou reconversão empresariais, de falência, concordata preventiva, liquidação administrativa forçada ou administração extraordinária (CIG extraordinária). Também pode ser utilizada sob a forma de *indennità di mobilità* (indenização de mobilidade), caso em que não é alternativa à dispensa, mas sim, à pressupõe (é paga ao empregado dispensado⁴⁵ e associada a medidas que visam à recolocação do empregado no mercado de trabalho).

Devido em qualquer hipótese de cessação de contrato de trabalho, inclusive nos contratos a prazo determinado, o *trattamento di*

42 Todo trâmite – sindicato, administração, etc. – pode levar até 82 dias até que a dispensa seja de fato efetivada.

43 Porto salienta que “campo de abrangência da disciplina da dispensa coletiva é mais amplo do que aquele da tutela real aplicável às dispensas individuais, de modo que o art. 18, do ET, acaba operando, no caso de dispensa coletiva, também nas empresas que, com relação às dispensas individuais, são excluídas do seu âmbito de abrangência.” (PORTO, 2008, p. 177).

44 Prestação da Seguridade Social.

45 O período varia em razão da idade do empregado dispensado.

fine rapporto (TFR), ou indenização de antiguidade, tem natureza de retribuição diferida. É paga ao final do contrato e é calculada com base na remuneração do empregado e no tempo de serviço. Pode ser antecipada em caso de despesas médicas e para a aquisição da primeira moradia própria ou dos filhos. Empresas em sérias dificuldades financeiras não são obrigadas ao pagamento da indenização. Para proteger o empregado da insolvência do empregador foi criado um Fundo de Garantia junto ao INPS que é formado por contribuições pagas exclusivamente pelos empregadores. Lorena Porto⁴⁶, esclarece que:

Ao pagar esse crédito, o Fundo subroga-se no direito do trabalhador de recebê-lo do empregador, gozando também do privilégio que aquele detém sobre o patrimônio empresarial (art. 2o, §7o, da Lei n. 297/82). O crédito do Fundo é equiparado aos demais créditos trabalhistas, sem gradação ou precedência, como já decidido pela Suprema Corte.

O Fundo de Garantia também assegura ao empregado o pagamento dos créditos relativos aos últimos três meses de contrato de emprego, nas mesmas hipóteses de insolvência do empregador, salvo se o empregado perceber renda alternativa oriunda de trabalho ou benefício previdenciário – a indenização por antiguidade não se submete a esta condição.

Em 2003, então, foi editada a Lei 30 que, regulada pelo chamado Decreto Biagi (DL 276/03), mascarou retrocessos no direito trabalhista italiano sob a forma de terceirizações por tempo indeterminado, inclusive na atividade-fim da empresa, possibilidade de horas extras nos contratos a tempo parcial, etc.

Dessa forma, não foi atingida diretamente a proteção aos contratos de emprego, mas foram ampliadas as situações de contratação desprotegida (sem vínculo de emprego). Foi alterada também a figura da parassubordinação, ampliado suas hipóteses de cabimento e aumentando a possibilidade de contratação de trabalhadores sem vínculo de emprego, com custo cerca de 50% menor que um empregado. São espécies de falsos autônomos, que ganham menos e possuem menos proteção que os empregados. Lorena Porto⁴⁷ manifesta essa preocupação:

Além de ser excluído de todos os direitos acima mencionados, o parassubordinado também não conta com a proteção contra a dispensa imotivada, podendo o seu contrato ser cessado “ad nutum”, conforme ressaltado pela Corte de Cassação na decisão n. 4849,

46 PORTO, op. cit., p. 184.

47 PORTO, op. cit., p. 191.

de 25 de maio de 1996⁴⁸⁰. Demais disso, os parassubordinados não entram na contagem do número mínimo de trabalhadores da empresa necessário para a aplicação do regime da tutela real (art. 18, do ET) ⁴⁸¹. Assim, por meio da parassubordinação, a empresa atinge dois objetivos: a) os parassubordinados não contam com a proteção contra a dispensa imotivada; b) eles servem para reduzir o número de empregados da empresa, para que estes não tenham direito à tutela real, mas apenas àquela indenizatória.

Trata-se, nas palavras da autora⁴⁸ de um “retrocesso sócio-jurídico”.

Os trabalhadores parassubordinados não possuem capacidade de exercer pressão em face dos empregadores. São considerados autônomos, mas são de fato economicamente dependentes. Sua disseminação pode, inclusive, fomentar demandas judiciais, buscando o reconhecimento do vínculo de emprego – o DL prevê um procedimento segundo o qual um órgão neutro atesta o tipo legal da contratação, porém não há nada que impeça tal declaração de ser impugnada judicialmente (por erro de aplicação do direito ou por desvio, na prática, do tipo de relação).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exemplo italiano de proteção à relação de emprego podemos aproveitar algumas ideias viáveis de serem aplicadas ao nosso direito. Novamente cumpre frisar que, apesar de haver entendimento no sentido de o art. 7º, I, CF/88 não ser auto-aplicável, o comando constitucional já demonstra a intenção do legislador de proteger as relações de emprego contra as dispensas imotivadas, na linha da Convenção 158, OIT. Por outro lado, razoável o sistema italiano de exclusão de algumas classes de trabalhadores desse regime de proteção, já que pela natureza da relação são incompatíveis com a necessidade de motivação do ato de despedimento. Por exemplo, os trabalhadores domésticos, em razão da relação de sensível fidúcia havida entre as partes. Se a reintegração dentro de uma empresa em muitos casos é desaconselhável, o que se dirá de uma reintegração dentro da casa do empregador, onde toda sua vulnerabilidade resta exposta. Também muito interessante a tutela dos trabalhadores já em condições de se aposentar de forma integral, pois a sua saída do mercado de trabalho não lhe traria prejuízos tão graves (possui a renda do benefício de aposentadoria) e ainda permite a abertura de um posto de trabalho, minimizando o desemprego entre os jovens e permitindo a renovação da empresa.

⁴⁸ Ibid., p. 191.

Por outro lado, como bem salienta Lorena Porto⁴⁹, não parece o melhor entendimento aquele de vincular um regime protetivo ao número de empregados da empresa, já que nem sempre reflete a solidez econômica do empreendimento. A autora sugere a diferenciação de regimes baseada no faturamento anual da empresa (até porque empresas com menor capacidade e menor solidez econômica são mais frágeis diante de crises e dificuldades), o que de fato se mostra mais razoável do que o número de empregados. Bastante razoável, também, que tão logo vencido o contrato de experiência e iniciado o contrato a prazo indeterminado o empregado já veja iniciada sua proteção contra a dispensa imotivada, a fim de evitar as despedidas às vésperas da aquisição do direito.

Com relação à dispensa discriminatória a autora lembra que nossa lei “traz um conceito mais restrito de discriminação, referindo-se apenas a condições pessoais do obreiro (sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar e idade), não mencionando hipóteses relativas ao exercício de seus direitos, como a filiação sindical ou o ajuizamento de ação contra o empregador.”⁵⁰, o que estaria em descompasso com o comando do art. 3.º IV, CF (“quaisquer outras formas de discriminação”). Assim, a utilização do conceito mais amplo, adotado pela Convenção 158 da OIT e também no direito italiano representaria um grande avanço na tutela conferida aos trabalhadores em nosso país.

A regulamentação do art. 7º, I, CF, por sua vez, seria o maior avanço no campo trabalhista, trazendo ao nosso direito a estabilidade relativa, adequando-se ao comando da OIT e ao próprio desejo do legislador constituinte. Vale mencionar a previsão de possibilidade de o empregado optar pela indenização em detrimento da reintegração, pois ele próprio pode entender desinteressante o retorno a um ambiente possivelmente – mesmo que de forma velada – hostil.

Poderia a antecipação dos efeitos da tutela ser a regra nas ações de reintegração, a fim de evitar que a demora do processo a dificulte ou a torne inviável. Por outro lado, é razoável que o empregado tenha prazo exíguo para requerer judicialmente a reintegração, por exemplo, trinta dias.

O regime de dispensas coletivas italiano também pode ser muito inspirador para o Brasil, especialmente porque proporciona a influência de entes externos na tentativa de recuperação das vagas de emprego.

49 PORTO, 2008, passim.

50 PORTO, 2008, p. 311.

Porém seria possível algo mais amplo, assim como numa recuperação extrajudicial, de forma que o caminho para a manutenção dos postos de trabalho passasse por sugestões de cunho organizacional da empresa, evitando que a desestruturação levasse eventualmente ao risco de novas dispensas.

A visão italiana de readaptação do empregado em outro cargo ou função é bastante interessante e deve ser buscada não só nas dispensas coletivas, mas também nas individuais.

O critério de seleção objetivo na escolha dos empregados a serem dispensados é digno de aplausos. Regras claras permitem o controle e critérios objetivos aproximam dos ideais de justiça (se é que é possível chamar de justa uma dispensa). Do direito coletivo também vem a prioridade nas contratações futuras pelo mesmo empregador.

Os fundos, criados para subsidiar parte dos pagamentos dos empregadores inadimplentes é uma ideia interessante, porém deve ser avaliada de forma a não onerar ainda mais o empregador brasileiro, já tão desestimulado frente aos impostos e outros encargos decorrentes da contratação do empregado.

O regime italiano de indenização por tempo de serviço reflete-se em nosso FGTS, porém, além da indenização pelo tempo, o empregador italiano, no caso da dispensa imotivada, deve pagar a indenização em razão da dispensa (no Brasil, o acréscimo de 40% sobre os depósitos de FGTS). Caso tal mecanismo fosse adotado no Brasil na proporção em que vigia antes da criação do FGTS, ainda que não adotado o regime de reintegração, acreditamos que a proteção à dispensa imotivada melhoraria razoavelmente, já que o ônus do empregador seria maior que os atuais acréscimos de FGTS. Assim, restaria melhor tutelada a relação de emprego.

Mas não podemos desmerecer nosso direito e entender que o modelo italiano é um exemplo livre de equívocos. A crise por que vem passando o país europeu e as recentes reformas na legislação trabalhista e previdenciária evidenciam que o direito trabalhista italiano, como o nosso, enfrenta situações desfavoráveis e opera retrocessos, em razão de fatores externos à relação de emprego.

Com intenção de minimizar os efeitos prejudiciais da crise e sob argumento do primeiro-ministro Mario Monti de que a reforma é vital para colocar a economia de volta nos trilhos, foi promovida alteração legislativa na Itália (Lei 92/2012, em vigor a partir de 18.07.2012, a chamada Reforma Fornero, nome dado em razão da principal proponente da reforma, a Ministra do Bem Estar Social Elsa Fornero). A justificativa é que supostamente as leis trabalhistas vigentes antes

da reforma dificultavam a dispensa dos empregados, desencorajando contratação e o investimento estrangeiro. A ideia é flexibilizar as dispensas (reintegração apenas no caso de discriminação comprovada) e aumentar a proteção aos desempregados (universalizando-a), com perspectivas de aumento do número de vagas de emprego no médio prazo. São aumentados os custos do contrato temporário, de forma a desestimular este tipo de contratação. Infelizmente os resultados das reformas não são imediatos e não se pode medir concretamente a influência da medida na geração de postos de trabalho no país. E o pior: o caminho encontrado representa um retrocesso de conquistas trabalhistas de décadas. Uma das grandes preocupações atuais da Itália é com o interesse e futuro dos jovens, já que a taxa de desemprego entre os jovens no país é a maior da Europa⁵¹.

A ministra Elsa Fornero afirmou ao Wall Street Journal, comentando a recente reforma trabalhista italiana, de forma polêmica: “Estamos a tentar proteger as pessoas e não os seus postos de trabalho. A atitude das pessoas deve mudar. O trabalho não é um direito; deve ser conquistado, inclusive pelo sacrifício”.

REFERÊNCIAS

CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CANNAVÒ, Salvatore. *Fornero em discurso direto: “o trabalho não é um direito”*. Esquerda.net, 15 jul. 2012. Disponível em: <[http://www.esquerda.net/opiniaio/fornero-em-discurso-direto-“-o-trabalho-nao-e-um-direito"/23934](http://www.esquerda.net/opiniaio/fornero-em-discurso-direto-“-o-trabalho-nao-e-um-direito)>. Acesso em: 25 set. 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5.ed. São Paulo: LTr, 2006.

GHEZZI, Giorgio, ROMAGNOLI, Umberto. *Il rapporto di lavoro*. 3. ed. Bolonha: Zanichelli, 1995.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Convenção 158 da OIT. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5820>>. Acesso em: 24 set. 2012.

51 segundo dados divulgados pelo Instituto Nacional de Estatísticas (Istat) a taxa de desemprego da Itália em julho se manteve estável em 10,7%, o nível mais alto desde janeiro de 2004. Entre pessoas com idades entre 15 e 24 anos, a taxa de desemprego avançou para 35,3% em julho, de 33,9% em junho.

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

PORTO, Lorena Vasconcelos. *La disciplina dei licenziamenti in italia e nel diritto comparato: una proposta per il diritto del lavoro in Brasile*. Roma: Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma Tor Vergata, 2008. 383p. (Tese, doutorado em Direito).

SANSEVERINO, Luisa Riva. *Curso de direito do trabalho*. trad. Elson Guimarães Gottschalk. São Paulo: LTr, 1976.

SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991.

