

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno da globalização reproduz com muita agilidade o novo ciclo do sistema capitalista. A redução dos custos e a busca incessante pelo lucro tornaram a competitividade ferramenta indispensável para a gestão das empresas. Esse novo modelo representa mudanças nas relações de emprego, muitas vezes ditadas pelo capital, trazendo grandes reflexos à sociedade atual e às relações empregatícias.

O emprego reproduz reflexos na vida familiar, na educação, na moradia, no lazer, na subsistência, na própria sobrevivência do ser humano enquanto ser gregário. Esse ser gregário aprofundou suas relações sociais, seu sistema econômico e político, ultimando a criação de todo o complexo normativo para sua proteção. Não foi diferente com o complexo normativo do Direito do Trabalho.

O direito do trabalho advém de um contexto econômico predeterminado por agentes mercadológicos inseridos na órbita liberal, contrapondo-se ao antigo ideário fisiocrata, cuja produção estava adstrita à produção de subsistência. Esse ideário liberal culminou com a Revolução Industrial, no século XVIII.

O que consubstanciava característica eminentemente mercantil, como era o Direito do Trabalho na antiguidade, passou a sistematizar um sistema normativo que abrandasse as drásticas transformações ocorridas nas relações de trabalho provocadas pela Revolução Industrial. Da busca pelo aumento da produção e da escassez de emprego decorreram relações empregatícias desumanas, com excesso de carga horária e salários míseros. A proposta da exacerbada liberdade individual incorporada pelo capitalismo começou a ser questionada. Foi nesse contexto que começou a surgir uma série de regramentos com escopo de proteger os operários e sua desgastante jornada de trabalho imposta pelo setor industrial. Eis que já se poderia falar em Direito do Trabalho, que teve como marco a Revolução Industrial.

Vencido seu processo de formação, o Direito do Trabalho vivenciou sua fase de autonomia, quando, em 1919, foi criada a ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT, que nasceu com atribuição normativa no intuito de regular as relações laborais e torná-las mais dignas.

No Brasil, o primeiro respaldo desse ramo do direito foi a Constituição de 34, com a

instituição do salário mínimo, carga horária de oito horas, férias remuneradas, repouso semanal e indenização nos casos de dispensa sem justa causa. Essa normatização constitucional acabou por preparar as bases para o advento da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, em 1943. A CLT consolidou todo o regramento trabalhista vigente à época.

Com a Constituição de 1988, o direito ao trabalho é alçado à categoria de direito social, integrando os direitos e garantias fundamentais. A Constituição Cidadã veio consubstanciar o ideário democrático no qual teria sido instituída, primando por princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção e da continuidade da relação de emprego. Isso parece claro quando, em seu art. 7º, inciso I, preceituou explicitamente a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar.

A referida proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa – institutos distintos, para maioria da doutrina – consubstanciada no dispositivo constitucional quando da aprovação da CF/88, passou a ter aplicação provisória do art. 10 do ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS – ADCT, até que lei complementar adviesse. O mencionado dispositivo transitório preleciona que, até que seja promulgada a lei complementar, a proteção a que se refere o art. 7º, inciso I, fica limitada ao aumento do FGTS de 10% para 40%; fica, ademais, vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa do empregado cipeiro e da gestante, nas conformidades da regulamentação constitucional.

Ocorre que em 1982, foi consagrada pela OIT a convenção nº 158, que dispõe sobre a dispensa socialmente justificável, com escopo de proteger o trabalhador contra despedida arbitrária ou sem justa causa, ao condicionar o término da relação de emprego pelo empregador a motivos socialmente justificáveis, quais sejam, causas relacionadas à sua capacidade ou comportamento, ou motivos econômicos, estruturais, tecnológicos ou análogos.

A Convenção nº 158 foi ratificada pelo Brasil em 05 de janeiro de 1995, passando a vigor exatamente 12 meses depois. A sua ratificação deu à Convenção status de norma constitucional, restando suprida a omissão legislativa a que se referia o dispositivo que regulamenta a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa (Art. 7º, I, CF/88). Em 20 de janeiro de 1996 a Convenção foi denunciada pelo

então presidente Fernando Henrique Cardoso, tendo seus efeitos iniciados em 20 de novembro de 1997.

O tratado internacional foi recepcionado no ordenamento com status de lei ordinária, quando o dispositivo constitucional que protege a relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa carece de lei complementar, norma hierarquicamente superior ao status que recebeu o tratado internacional no ordenamento brasileiro.

O tema do presente trabalho é “A proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa no ordenamento jurídico brasileiro” e tem como objetivo central avaliar a possível inconstitucionalidade dos institutos da despedida arbitrária ou sem justa causa face à Constituição Federal de 1988 e à Convenção nº 158 da OIT.

No campo mais específico, o trabalho pretende: discutir a relação trabalho e sistema capitalista; conhecer o processo histórico do Direito do Trabalho no mundo e no Brasil; abordar os eventos históricos que impulsionaram a normatização de direitos dos trabalhadores; relacionar os princípios do direito do trabalho e o término da relação de emprego; entender os conceitos de despedida arbitrária e sem justa causa face à CLT e a doutrina; analisar a constitucionalidade da Convenção 158 da OIT e seu ingresso no ordenamento; analisar a irregularidade da denúncia da Convenção 158 da OIT; compreender o instituto da proteção contra a despedida arbitrária no ordenamento brasileiro, face à Constituição Federal e à Convenção 158 da OIT.

A importância social do presente trabalho reside na própria proteção do polo hipossuficiente da relação de emprego: o trabalhador. Trabalhador esse que foi submetido a uma luta história em prol de seus direitos e que, depois de alcançados, não poderão retroagir. Já a importância jurídica se perfaz em dois institutos: a análise do art. 7º, I, da CF/88 e sua interpretação de acordo com a sistemática constitucional; e a normatização internacional, Convenção n. 158 da OIT, bem como a análise de seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro.

O trabalho está organizado em quatro capítulos, sendo esta introdução o primeiro capítulo.

O segundo capítulo traz noções introdutórias essenciais ao desenvolvimento do tema. Nele será discutido o processo de constitucionalização do direito do trabalho,

com aspectos introdutórios da relação capitalismo e trabalho, a constitucionalização desse ramo do direito propriamente dito e como a influência dos diversos diplomas constitucionais no mundo interferiu no processo de formação do direito do trabalho, não podendo, após tamanha evolução, ser sobreposta pelos ditames de uma política que permeiam interesses liberais, pois configuraria um retrocesso. Ainda neste capítulo, serão explorados os princípios constitucionais e específicos do direito do trabalho, com destaque para o princípio da proteção e o princípio da continuidade da relação de emprego. Por fim, será analisada a proteção da relação de emprego como direito fundamental e quais os efeitos desse posicionamento constitucional.

No terceiro capítulo, serão explorados em seus pormenores o contrato de trabalho e seus sujeitos, bem como o término da relação de emprego, com suas modalidades e efeitos, temas que têm repercussão direta no tema central, quando se trata de despedida, sendo esta imotivada. Ademais, serão discutidos os sistemas de proteção da relação de emprego, quais sejam, os sistemas de estabilidade e garantias e a proteção contra despedida discriminatória, numa demonstração de que o ordenamento se pautou em primar pela proteção do trabalhador, devendo por isso estar em consonância com os demais posicionamentos adotados, seja na manifestação do judiciário seja do legislativo.

Por fim, no quarto capítulo, o tema central, será estudado o instituto da despedida arbitrária ou sem justa causa no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste tópico, aprioristicamente, será feita uma abordagem geral com noções conceituais dos dois institutos, que tanto a legislação infraconstitucional quanto doutrina majoritária entendem ser distintos. Em seguida, serão explorados, com todas as suas minúcias, a Convenção nº 158 da OIT e seus principais dispositivos, bem como a sua ratificação e denúncia no ordenamento brasileiro, além de um breve estudo do direito comparado. E para finalizar, será discutida a despedida arbitrária ou sem justa causa no ordenamento brasileiro, cujo posicionamento do presente trabalho se pauta em alguns estudiosos que defendem sua inconstitucionalidade, já que, o diploma constitucional referendou todo o ideário de proteção do trabalhador sob a égide da dignidade da pessoa humana, tendo sido o trabalho tutelado no ordenamento constitucional como um direito fundamental e, portanto, de eficácia imediata, trazendo à baila a forma de materialização da dita proteção.

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

O termo constitucionalização foi cunhado a partir da Constituição Portuguesa de 1976, expandiu-se com a Constituição espanhola, em 1978, e encontrou seu cume com a Constituição Brasileira de 1988. A constitucionalização do direito se caracteriza por diversos aspectos, seja para caracterizar um ordenamento jurídico na qual vigore uma Constituição dotada de supremacia, seja associar a força normativa de seu conteúdo material (BARROSO, 2005)¹. É com base na força normativa do conteúdo material da constituição que diversos ramos do direito se submeteram a um processo de constitucionalização, não foi diferente com o Direito do Trabalho.

O entendimento da constitucionalização do Direito do Trabalho perpassa por uma abordagem prévia da formação desse ramo do direito, necessitando de uma breve abordagem do surgimento do trabalho e de sua relação com o sistema capitalista, regime determinante na formatação da normatização trabalhista. Além disso, fazer um esboço histórico do direito do trabalho no mundo, bem como o entendimento do surgimento da ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT, contribuirão para o entendimento do seu processo de constitucionalização e de sua formação no Brasil

2.1 TRABALHO E SISTEMA CAPITALISTA

O ideal liberal nasceu com uma proposta de atingir o bem-estar social, consequência do crescimento econômico proporcionado pela liberdade no mercado e o consequente crescimento da taxa de juros. A teoria estudada e desenvolvida por Adam Smith tem ideais diretamente vinculados ao não intervencionismo. Os fisiocratas daquela época pugnavam pela “instituição do reino agrícola” (CHÂTELET; DUHAMEL; PISIER-KOUCHNER, 2009, p.64), instituindo uma sociedade livre com

¹ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do direito. Publicado em: 11/2005. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito/2>

bases fundiárias, atribuindo a cada indivíduo a busca liberal pelas riquezas, sem quaisquer intervenções. A liberdade de cada um empreender da forma como bem entender alicerça a manutenção do mercado, estando o bem-estar social calcado nessa busca individual. Em contraposição, passo que prega a total liberdade econômica, propõe uma intervenção acirrada do governo para proteção da propriedade e dos bens. É essa harmonia liberdade de empreender e intervenção da segurança que manterá o mercado em seu modelo liberal.

Ampliando o ideário fisiocrata, que limitava sua teoria liberal à produção de subsistência, Adam Smith prega a troca e a divisão do trabalho, como forma de tornar o modelo liberal mercadológico próprio ao desenvolvimento e à busca do bem-estar coletivo. Daí que urge a ideia de valor de uma mercadoria, que se forma de acordo com sua utilidade. Mas o próprio mercado foi mostrando diferente. A formação do valor de uma mercadoria depende diretamente do investimento e do trabalho empreendido para sua produção. Esse investimento vai ser reconhecido, posteriormente, como o capital utilizado na produção daquela mercadoria. Para o teórico, esse panorama caracteriza a lei do valor, em que a autorregulação acaba por propiciar aquele que possui os meios de produção (empresário/capitalista) a produzir em prol da sociedade, e do outro lado, propiciando aos trabalhadores a melhoria de suas condições (CHÂTELET; DUHAMEL; PISIER-KOUCHNER, 2009, p.63).

Smith (CHÂTELET; DUHAMEL; PISIER-KOUCHNER, 2009, p.63) deixa claro que as atividades governamentais são improdutivas e, portanto, devem ficar adstritas a tais atribuições, com intervenção mínima no setor econômico.

É nesse contexto que temos a concepção liberal, cujo fundamento de existência são a liberdade e a igualdade, consagrando um individualismo tutelado por direitos civis e uma ordem econômica espontânea, caracterizada por uma omissão do Estado. A crença de que o equilíbrio nas relações econômicas e trabalhistas dependia tão puramente dos próprios interessados (NASCIMENTO, 2012, p.51-52).

O ideário liberal culminou com a Revolução Industrial, no século XVIII. O que antes se resumia a aglomerações em pequenos núcleos artesanais, passava a ser substituído pela aglomeração de trabalhadores para produção em larga escala, pela divisão e racionalização do trabalho e pelo avanço tecnológico. O que, por um lado

emergia um sentimento de evolução social, de surgimento de oportunidades de emprego e de melhores expectativas para o trabalhador, paradoxalmente, “era o momento histórico em que a servidão mostrou uma de suas faces mais cruéis” (PINTO, 2007, p.32).

A era das máquinas se configurava pela exploração desmedida do trabalho humano, submetendo o trabalhador à marginalização dos benefícios propiciados pela produção em larga escala. A mão de obra era intensamente explorada pelo industrial, o trabalho humano era rebaixado a condições subumanas. Eis que surge nesse contexto a figura do proletariado. Segundo Amauri Nascimento (2012, p. 38):

Proletário é o trabalhador que presta serviços em jornadas que variam entre 14 e 16 horas, não tem oportunidade de desenvolvimento intelectual, habita em condições subumanas, tem prole numerosa e ganha salário em troca disso tudo.

As características da qualidade de trabalho impostas pelos grandes centros industriais, bem como a total liberdade na direção das empresas, a falta de proteção contra acidentes de trabalho, a liberdade patronal no mercado de lucros, totalmente livre de intervenção do Estado, tudo isso unido à aglutinação dos trabalhadores nesses centros fabris, impulsionou o surgimento de uma consciência coletiva que ultrapassou o mero objetivo econômico da Revolução Industrial, obtendo alcances sociais jamais vistos na história do trabalhador. A Revolução Industrial semeou a transformação das relações individuais de trabalho e toda sua normatização. Eis que já se poderia falar em Direito do Trabalho.

O marxismo veio intensificar esse ideário social que se desenvolveu no período industrial, trazendo grande contribuição em contraposição ao sistema liberal, contestando o paraíso liberal proposto pelos industriais.

Marx se debruçou no combate aos efeitos funestos da Revolução Industrial, onde o domínio dos meios de produção por uma minoria só fazia reforçar a exploração daqueles que vendiam sua força de trabalho em troca da subsistência. A ascensão da burguesia, para o ilustre teórico, configurava a maléfica estratificação social que o capitalismo sustentava em seu âmago. O pensador trouxe à tona a discussão da dicotomia capital x trabalho, num sistema em que o primeiro se desenvolvia incessantemente, enriquecendo aqueles que detinham os meios de produção, e o segundo – os trabalhadores – ao invés de protagonistas, tornavam-se meros

coadjuvantes no modelo capitalista, estando a postos apenas com a finalidade de enriquecer a classe burguesa, sendo descartados como coisas quando não mais serviam a tal papel. Assim, a classe obreira entrega o produto de seu trabalho ao patrão, o que ele denominava seu **parasita** (BITTAR, 2008, p.213). Por isso, era cético em acreditar que algum dia a classe operária se beneficiaria, algum dia, dos afluxos desse sistema. A remuneração daquele que vendia o trabalho era feita através de instituição de salários, determinados por uma batalha entre o capitalista e o trabalhador, onde será vencedor o capitalista. O capitalismo vence porque a mão-de-obra fornecida para produzir é uma mera mercadoria, que pode ser comprada ou descartada a qualquer tempo, seguindo a análise marxista (BITTAR, 2008, p. 219).

O que a teoria marxista enxergou, que não havia sido percebido por Adam Smith, é que, dentro da jornada de trabalho, somente uma parte desse trabalho empreendido na produção é pago pelo salário, a outra parte é doada ao capitalista. Destarte, aquele acúmulo de capital propiciado pelo trabalho despendido pelo trabalhador não retorna a ele, fica com o empregador. É o que Marx denominou “mais valia”, o valor excedente extorquido, e “lucro”, o benefício da extorsão embolsado pelo capitalista (CHÂTELET; DUHAMEL; PISIER-KOUCHNER, 2009, p.126).

É nesse contexto que o comunista vislumbra a libertação do trabalhador, projetando a fase mais evoluída da sociedade: a ditadura do proletariado. Essa revolução, inevitável, para Marx, porém sem data para acontecer, consistiria na consciência de classe dos proletários, na elucidação de sua importância num sistema que eles sustentam. Segundo Eduardo Bittar (2002, p.220):

O status quo pede mudanças, e Marx as vislumbra possíveis à medida que inscreve o comunismo como forma de solução para as diferenças sociais que marcam as desigualdades e consentem a exploração humana. Sua filosofia libertária não foi mais que um reclamo de inconformismo antes os modos humanos de explorar seres humanos em função da aquisição, das ascensão social e do bem-estar material.

O movimento sindical ainda tímido e até então considerado um aparelho marginal, teve, na Revolução Industrial, um verdadeiro impulsionador, que plantou as raízes para, em 1871, obter seu reconhecimento oficial através da Lei dos Sindicatos (NASCIMENTO, 2012, p.54).

A partir de 1848, com O Manifesto Comunista de Marx e Engels, intensificam-se os movimentos sindicais e operários, com dissidência do ideário socialista.

Em 1864, a fundação da Associação Internacional dos Trabalhadores (AIT) também por Marx e Engels, cujo agrupamento de pessoas com ideias convergentes e, ao mesmo tempo, díspares, levou ao padecimento do sonho marxista por sua característica extremamente radical.

De qualquer forma, estavam plantadas as raízes para a evolução do Direito do Trabalho.

2.2 DIREITO DO TRABALHO: ESCORÇO HISTÓRICO, CONCEITO E FINALIDADE

2.2.1 Breve histórico do Direito do Trabalho no mundo

O trabalho, na antiguidade, possuía característica eminentemente mercantil. O trabalho escravo era considerado mera mercadoria, propriedade do senhor, inexistindo qualquer tutela do Estado àquelas relações, não havendo, portanto, que se falar em direito do trabalho.

Esse trabalho escravo de propriedade do senhor que o detinha passou a ser arrendado a outros senhores. Os homens livres também passaram a arrendar seu trabalho com a complexidade das relações sociais. Esses arrendamentos eram regidos por uma espécie de contrato de locação de coisas. Tais locações poderiam ter como objeto uma coisa, uma obra ou a prestação de serviço por uma pessoa. Esta última, segundo a doutrina, configura-se como antecedente do contrato de trabalho, já que se caracterizava, de um lado, pela prestação de um serviço e, do outro lado, pela retribuição do serviço, calculada pelo tempo dedicado à execução.

Posteriormente, na Idade Média, o trabalho escravo deixa de predominar e as relações de trabalho passam a ter nova característica: regime de servidão. A complexidade das relações sociais passou a demandar outros serviços e produtos, fazendo surgir, nesse contexto, as corporações de ofícios.

O surgimento do contrato de aprendizagem remete às corporações de ofício, quando mestres celebravam com os aprendizes o contrato, cujo objetivo era o aprendizado do ofício.

Os ditames exercidos pelos mestres nas corporações do ofício foram substituídos pelo ideário liberal, advento da Revolução Francesa em 1789. Em 1791, a liberdade individual foi consagrada pela Constituição Francesa, o que, segundo Amauri Nascimento (2012, p.52), não favoreceu o direito do trabalho. O liberalismo consubstancia, em seu âmago, a absoluta liberdade do homem em consonância com a interferência mínima do Estado. *Laissez-farie, laissez-passer* era o lema. Isso acabou por suprimir as corporações de ofício, cuja extinção foi decretada com a *Lei Le Chapelier*, em 1791, um instituto completamente anti-sindical que proibia quaisquer associações e reuniões. Estavam livres o exercício das profissões, artes, ofícios e as contratações. O objetivo da lei era repercutir o contexto histórico que vivia a França, cuja liberdade individual delineava aquele momento. Segundo Alice de Barros (2012, p.49), esse texto legal propiciou a obtenção da liberdade do trabalho – encarado pela autora como ponto positivo – e, por outro lado, o impedimento de qualquer órgão entre indivíduo e Estado, configurando a impossibilidade de intervenção – marca do regime liberal.

Em 1804, o Código de Napoleão consagra o axioma liberal preconizado pela Revolução Francesa, estabelecendo a liberdade contratual como norma vetor das relações jurídicas. Respalda o trabalho a termo com intuito de proibir o trabalho por toda a vida e, conseqüentemente, macular a tão invocada liberdade.

Paralelamente ao que acontecia na França, a Inglaterra vivia seu *boom* tecnológico. O que era produzido manualmente pelo trabalhador passou para as cadeias produtivas maquinárias. As máquinas foram gradativamente substituindo o trabalho manual, que culminou com a Revolução Industrial, em torno de 1780 a 1800².

A Revolução Industrial pode ser considerada um marco para a formação do Direito do Trabalho. Isso decorre das mudanças ocorridas nas relações de trabalho em consequência à conjuntura econômica que se formava, em que o setor produtivo vivenciava uma mudança drástica com a implementação das máquinas em substituição ao trabalho humano. A competitividade entre as indústrias, a concorrência do setor produtivo, a busca acirrada pelo aumento da produção e a escassez de empregos desaguaram em relações de emprego extremamente

² Há divergência doutrinária quanto ao momento exato de sua ocorrência.

desumanas, numa carga horária excessiva e salários míseros. Os empregos da época eram abocanhados pela ocupação das máquinas. Assim, quem não se submetesse a tais condições acabava sendo engolido pelo avanço da tecnologia. E foi nesse contexto que surgiu a classe proletária – operários ali dispostos a, nada mais, operar as máquinas. Mulheres e menores também passaram a ocupar os empregos oferecidos nessas condições.

A exacerbada liberdade individual começou a ser questionada. “O conflito entre o coletivo e o individual ameaçava a estrutura da sociedade”, afirma Alice de Barros (2012, p.52). Os anseios por um intervencionismo que buscasse proteger aqueles menos favorecidos – menores, mulheres e acidentados – começavam a ser atendidos por atuação das forças sociais, que naquele momento começavam a se reunir em associações para reivindicar direitos. Diversas foram as ideologias que, em consonância com o surgimento de uma consciência coletiva e senso de solidariedade, insurgiram-se contra o liberalismo e a configuração de propriedade privada que o sistema consubstanciava.

Foi nesse contexto histórico que surgiu, em 1838, o neoliberalismo. Este regime concretizou o intervencionismo, que, segundo Alice de Barros (2012, p.53), nunca deixara de existir. Com o advento do neoliberalismo, esse intervencionismo intenso caracterizado pela existência de normas cogentes, cujos preceitos obrigatórios são regidos por imposição de vontade do Estado, é consequência das relações sociais e empregatícias vigentes no contexto da Revolução. A consequência foi o surgimento de uma série de regramentos denominados legislação industrial (NASCIMENTO, 2012, p.57), cujo escopo era proteger, inicialmente, a classe operária e a jornada de trabalho e, posteriormente, os interesses das mulheres e dos menores. É nesse contexto, na Europa, que surge o Direito do Trabalho.

Posteriormente, há que se considerar 1919 como o ano da grande autonomia do Direito do Trabalho. Nesse ano foi assinado o Tratado de Versailles, que preconizou pressupostos importantes para tornar mais digno o trabalho, na medida em que instituiu carga horária de 8 horas diárias, propôs a inadmissibilidade do trabalho enquanto mercadoria, instituiu o salário mínimo, igualdade salarial para trabalhos de igual valor, determinou o repouso semanal, conferiu tratamento diferencial à mulher e aos menores, dispôs sobre direito sindical (BARROS, 2012, p.55). Foi no Tratado de Paz de Versailles que foi criada a Organização Internacional do Trabalho – OIT,

cuja “função primordial concerne a regulação das relações laborais, de modo a torná-las compatíveis com a dignidade das pessoas nelas envolvidas” (SOARES FILHO, 2011, p.1341). A OIT tem uma missão importante em equilibrar os interesses capitalistas e trabalhistas, primando pela paz e progresso humano através de sua atribuição normativa.

Foi ainda nesse ano que iniciou-se a constitucionalização do Direito do Trabalho com a Constituição de Weimar (Alemanha). A Constituição Mexicana havia consagrado o Direito do Trabalho dois anos antes.

Alice de Barros (2012, p.54-55) sintetiza em quatro fases o período de evolução histórica do direito do trabalho: 1) a primeira, considerada o período de Formação, inaugurada em 1802 com a primeira lei de proteção ao trabalho, a *Moral and Helth Act*, que impedia o trabalho de menores no turno noturno e acima de 12 horas; 2) a segunda fase é o período de Intensificação do Direito do Trabalho, inaugurada em 1848 com o Manifesto Comunista de Marx e Engels; 3) a terceira, intitulada Consolidação, que se inicia em 1890 com os pressupostos do salário justo; 4) o quarto período é a Autonomia, que se estende até os nossos dias mas iniciou-se em 1919, com a criação da Organização Internacional do Trabalho.

2.2.2 A Organização Internacional do Trabalho – OIT

A Organização Internacional do Trabalho – OIT se insere nesse contexto da evolução histórica do Direito do Trabalho. Instituída na mesma Conferência de Paz que aprovou o tratado de Versalhes, 28 de junho de 1919, passou a integrar permanentemente a Sociedade das Nações, afirma Evaristo de Moraes Filho (1967, p.342) e complementa:

Estava ultrapassado o período preliminar de acordos bilaterais, tímidos, e de conferências internacionais oficiosas, de simples boa vontade. Constituíam-se um organismo internacional, com funcionários internacionais, com uma repartição permanente, capaz de elaborar estudos técnicos, e com conferências anuais, das quais participam os Estados membros.

A OIT tem como proposta primordial atribuições legislativas internacionais relacionadas às questões de trabalho, cujas normas são protetivas, conforme se depreende do art. 427 do Pacto da Sociedade das Nações quando apregoa que o

trabalho não é mercadoria e em seu art. 23 quando postula que os membros da OIT “se esforçarão para assegurar condições de trabalho equitativa” (MORAES FILHO, 1960, p.342). Segundo Rodolfo Pamplona (1999, p.232) a instituição da OIT tem tríplice justificação: política, humanitária e econômica.

Com o fim da II Guerra Mundial, a OIT se submeteu a uma reestruturação, passando a constituir uma instituição especializada ao lado da Organização das Nações Unidas – ONU, porém sem alterar suas finalidades específicas. A atual Constituição da Organização Internacional do Trabalho tem vigência datada de abril de 1948, quando o Brasil ratificou, sendo membro fundador (OIT, 1948).

Atualmente, entende-se que a OIT possui natureza de pessoa jurídica de Direito Internacional (PAMPLONA FILHO, 1999, p.233). Sua composição é formada por três órgãos: uma Conferência geral constituída pelos Representantes dos Estados-Membros, que ocorre anualmente com a participação dos Estados-membros; um Conselho de Administração, órgão executivo que se reúne três vezes por ano; e uma Repartição Internacional do Trabalho, secretaria permanente da OIT e funciona sob a direção do Conselho de Administração (MORAES FILHO, 1960, p.345-347). No que tange aos Países-membros, 185 compõem a OIT, dentre eles estão Brasil, Argentina, Bolívia, Austrália, Canadá, Chile, China, Colômbia, Cuba, Estados Unidos, França, Itália, Japão, México, Paraguai, Peru, Portugal, Uruguai, Venezuela, dentre outros.

Segundo Evaristo de Moraes (1960, p.348), a OIT nasceu com a finalidade de promover entre os povos, dentre outras, “a plenitude do emprego e elevação dos níveis de vida, a criação de meios para formação profissional, uma justa distribuição dos frutos e salário mínimo vital, proteção da vida e saúde do trabalhador”.

Do trabalho legislativo da OIT, desenvolvido nas Conferências Internacionais, poderão emanar: convenções internacionais ou recomendação (OIT, 1948). Evaristo de Moraes (1960, p.348) fala ainda da possibilidade de resoluções. O Grau de importância segue na ordem das convenções, perpassando pela recomendação, por fim, as resoluções.

A convenção só terá eficácia interna, nos Estados-membros, se por eles ratificada; a resolução, basta ciência pela entidade legislativa competente, já que configura enunciado de princípios, simplesmente (MORAES FILHO, 1960, p.351). Qualquer

dos instrumentos adotados requer aprovação de 2/3 dos presentes no plenário da Conferência; se resolução, requer somente maioria simples dos votos (MORAES FILHO, 1960, p.351).

O texto do instrumento internacional extraído da Conferência é remetido aos Estados-membros para as devidas providências: se convenção, a ratificação ou não deve ser decidida dentro do prazo de 12 meses ou, excepcionalmente, 18 meses; se recomendação, em igual prazo deverá ser enviada a autoridade legislativa para ciência e incorporação ao seu direito interno (OIT, 1946, art. 19, §§ 5º e 6º). Segundo Evaristo de Moraes (1960, p.351), “é de muito menor monta a obrigação do Estado-membro quanto às recomendações”. No Brasil, a autoridade legislativa competente para referendar os tratados e convenções internacionais celebrados entre o Presidente da República e as entidades internacionais é o Congresso Nacional (art. 84, inciso VIII, da Constituição Federal/88).

As convenções, já vigentes internacionalmente, entrarão em vigor internamente nos Estados-membros 12 meses após sua ratificação. A ratificação tem prazo de validade normal de 10 anos e, somente após este prazo, poderão ser denunciados por meio de comunicação ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho. Em não efetuando a denúncia, a ratificação prorrogar-se-á por igual período (MORAES FILHO, Evaristo, 1960, p.355). Evaristo de Moraes (1960, p.356) assegura que, “uma vez ratificada a convenção, deve ela ser efetivamente aplicada pelo Estado-membro e ficará sujeito ao sistema de controle por parte da OIT”.

Pelo Brasil, já foram ratificadas mais de noventa convenções, tais como a Convenção nº 111, de 1958, que consubstancia a eliminação de qualquer discriminação em matéria do emprego por motivo de raça, cor, sexo, religião ou origem social; Convenção nº 122, de 1964, que preconiza o desenvolvimento de políticas de promoção do pleno emprego, com vistas o desenvolvimento e crescimento econômico; Convenção nº 168, de 1988, que dispõe sobre o estabelecimento de uma política de emprego e proteção de desemprego (OIT, 1982).

De todas as Convenções ratificadas pelo Brasil, duas não entraram em vigor e apenas três foram denunciadas sem substituição de outras convenções. A Convenção nº 158, que limita o poder discricionário do empregador em romper o

vínculo empregatício por mera oportunidade e conveniência, foi uma das denunciadas no lapso de um ano e onze meses após sua ratificação (OIT³), contrariando a própria Constituição da OIT, que determina que só após 10 anos de sua ratificação poderá ser refutada. Essa denúncia, além da irregularidade formal, também consubstancia irregularidade material, já que não está em consonância com o próprio preâmbulo da Constituição da OIT, cujo Brasil constitui-se Estado-membro fundador, que determina a luta pelo desemprego. Esse tema será melhor explorado mais adiante.

2.2.3 O Direito do Trabalho no Brasil

O esforço histórico mundial delimitou a evolução do Direito do Trabalho no Brasil, tendo na Constituição do Império, em 1824, uma abordagem muito incipiente nas questões concernentes às relações de trabalho, limitando-se a não proibição da liberdade de trabalho. O marco do Direito do Trabalho no Brasil foi em 1930, com a criação do Ministério do Trabalho, assegura Alice de Barros (2009, p.69).

O grande, e inicial, respaldo do Direito do Trabalho no ordenamento brasileiro foi a Constituição da República de 1934. Foi este Instituto Constitucional que instituiu o salário mínimo, a carga horária diária de oito horas, a proibição de trabalho a menores de 14 anos e, no turno noturno, a menores de 16 anos, assim como em indústrias insalubres a menores de 18 anos e às mulheres. O surgimento das férias remuneradas, repouso semanal, indenização aos trabalhadores dispensados sem justa causa, reconhecimento das profissões e das convenções coletivas datam deste ano com o advento da Constituição de 1934. A proteção à maternidade e contra acidentes do trabalho, proibição de diferenças salariais por motivo de sexo e idade ficaram, a partir de então, restaram consagrados (BARROS, 2009, p.70/72).

A Constituição de 1934, decerto, instituiu as bases e preparou o ambiente para o advento da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, em 1943. O Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, veio instituir a consolidação de todas as leis trabalhistas existentes à época. Ressalte-se, a CLT não é um código, mas uma

³ Informação extraída do site www.oit.org.br

reunião de todas as leis vigentes até 1943, logo não veio instituir novas normas, mas sim consolidar aquilo que já existia, com o acréscimo de alguns institutos. (PAULO; ALEXANDRINO, 2005, p.15). A CLT, além de versar sobre direito individual, traz também institutos de direito tutelar e também coletivo, bem como de segurança e fiscalização no trabalho.

As Constituições que sucederam à de 1934 só vieram ratificar o respaldo ao Direito do Trabalho, mas sem grandes alterações. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1967 inovaram com a instituição do regime de FGTS, não sendo ainda exclusivo e obrigatório porque existia, paralelamente, o regime da estabilidade, tendo o trabalhador que optar por um dos regimes. Foi ainda na Constituição de 1967 que ficou assegurado às mulheres com 30 anos de trabalho sua aposentadoria com proventos integrais.

Enfim, a Constituição de 88. Segundo Mauricio Delgado (2009, p. 115), a Diploma Constitucional parece ter tido “flagrante intenção de democratizar o sistema de gestão trabalhista vigente”, afirma ainda ser esta a “ mais significativa Constituição de Direitos já escrita na história jurídico-política do país”.

A CF/88, no Capítulo II, do Título II, consagra as normas mais importantes dos direito dos trabalhadores. No art. 6º, o trabalho é elevado ao status de direito social. O Art. 7º dispõe expressamente quais são os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. A Constituição Cidadã inova, preceitua o delinear da normatização autônoma, consagrando os princípios democráticos por ela instituídos, trazendo força aos instrumentos de negociação coletiva.

Nos direitos individuais, a Constituição de Direitos primou pela isonomia, tornando equânimes os direitos de todos os trabalhadores, seja do campo, da cidade, seja trabalhador avulso, além de ampliar o leque de direitos ao doméstico. (PINTO, 2007, p. 53). Dentre outras inovações, estendeu o regime de FGTS ao trabalhador rural, a possibilidade de redutibilidade de salário apenas se referendado por acordo ou convenção coletiva, majoração da remuneração das férias em 1/3, redução da carga horária semanal de 48 para 44 horas, majoração da licença-maternidade para 120 dias, instituição da licença-paternidade de 5 dias, aumento do aviso prévio de 8 para 30 dias no mínimo. Os membros engajados nas associações sindicais ou comissões de prevenção a acidentes (CIPA) passaram a ter algumas garantias de emprego,

com estabilidade provisória. O direito de greve é estendido ao servidor público, nos limites a serem definidos em lei específica.

O Art. 7º destrincha sistematicamente todos os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. De início, o Estatuto Superior protege explicitamente o trabalhador contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar. A CLT conceitua como despedida arbitrária “aquela que não se fundar em motivo disciplinar, econômico, técnico e financeiro” (art. 165, CLT). Despedida sem justa causa é a dispensa por iniciativa do empregador por motivos que não se fundam no art. 482 da CLT. Segundo este dispositivo, consistirão justa causa as faltas praticadas pelo empregado por ato de improbidade, incontinência de conduta ou mau procedimento, negociação habitual sem permissão do empregador, condenação criminal do empregado transitada em julgado, desídia no desempenho das funções, embriaguez habitual, violação de segredo, ato de insubordinação ou disciplina e abandono de emprego.

Estava posta a regulamentação do direito do trabalho no Brasil com a proteção que a evolução das relações sociais demandavam.

2.2.4 Conceito e finalidade do Direito do Trabalho

A formação histórica e as diversas denominações já adotadas para o direito do trabalho (direito industrial, direitos dos operários ou direito dos empregados) acabaram por influenciar o surgimento das diversas concepções na definição desse ramo do direito, cujo conceito não é consensual entre os estudiosos. Para alguns, o conceito desse ramo do direito é delineado com foco nos sujeitos; para outros, no objeto; e para outros, ainda, em ambos.

A concepção subjetivista tem em seu âmago os sujeitos, a quem se destina o direito do trabalho, que é o direito dos empregados (NASCIMENTO, 2012, p.300). Nesse sentido, definem Orlando Gomes e Elson Gottschalk (1987, p.11) o direito do trabalho como:

Conjunto de princípios e regras jurídicas aplicáveis às relações individuais e coletivas que nascem entre os empregadores privados – ou equiparados – e os que trabalham sob sua direção e de ambos com o Estado, por ocasião do trabalho ou eventualmente fora dele.

A concepção objetivista consubstancia a matéria normatizada pelo direito do trabalho, e não os sujeitos a quem sua normatização se destina. Logo, tal definição aborda o direito do trabalho em seu contexto material, ao passo que a subjetivista o contempla no âmbito pessoal (NASCIMENTO, 2102, p.301). Na concepção objetivista, para La Loggia (1940, *apud* BARROS, Alice de, 2012, p.73) o direito do trabalho “é a parte do Direito que tem por objeto as relações de trabalho subordinado”.

Por fim, os partidários da concepção mista acham insuficiente adotar um conceito do direito do trabalho adstrito apenas ao âmbito pessoal ou apenas ao âmbito material, propondo uma definição que abrange tanto as pessoas quanto o objeto. Nessa esteira, Amauri Nascimento (2012, p.315) conceitua direito do trabalho como:

Ramo da ciência do direito que tem por objeto normas jurídicas que disciplinam as relações de trabalho por elas indicadas, determinam os seus sujeitos e organizações destinadas à sua proteção, em sua estrutura e atividade.

Para Mauricio Godinho Delgado (2012, p.51):

Complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam no tocante às pessoas e matérias envolvidas, a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios jurídicos concernentes às relações coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas.

Desse modo, o autor defende que, das três concepções construídas pela doutrina, a subjetivista possui menos consistência do ponto de vista científico. Para o doutrinador, a concepção mista atende melhor cientificamente a sua condição conceitual.

2.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DO TRABALHO

Assim como outros ramos do direito, o Direito do Trabalho também se submeteu ao processo de constitucionalização. As primeiras Constituições a versar sobre direito do trabalho como direito social são as Constituições Mexicana (1917) e de Weimar

(1919). Aliás, a constitucionalização desse ramo do direito se deu de forma bastante acirrada, pela necessidade de tutela de direitos fundamentais, ao passo que impõe uma proteção daquele mais fraco numa relação face às imposições de um sistema que se desenvolveu nos moldes liberais, com a total prevalência da autonomia privada. Tutela que surge com o escopo de garantir um mínimo necessário àquele que se subordinava a relações de emprego esculpidas nos moldes fabris, onde indústrias demandavam uma dedicação que excedia os parâmetros da dignidade dos trabalhadores enquanto seres humanos. Afirma Michel Santos e Isabella Gomes (2012, p.1239):

Era preciso garantir ao homem, no âmbito da sua relação com o empregador, direitos que viessem a proporcionar períodos de descanso adequados, proteção contra acidentes, remuneração adequada, proibição do trabalho do menor, meio ambiente de trabalho adequado, entre outros, o que fez com que o Estado viesse a regulamentar, de maneira mais incisiva, as relações de trabalho.

No Brasil, o primeiro grande respaldo do Direito do Trabalho está na Constituição de 1934, consoante já explorado em item anterior.

A Constituição de 88 veio para consolidar a constitucionalização do Direito do Trabalho, consubstanciando todo seu aparato principiológico. A partir da Constituição Cidadã, o entendimento da prevalência dos princípios em detrimento daquele positivismo jurídico fechado, decorrente da ausência de lacunas, começava a ser difundido como axioma das relações sociais e trabalhistas. A consagração dos direitos fundamentais através do vetor axiológico da dignidade da pessoa humana, bem como a proteção da valorização do trabalho, perfazia a nova ordem advinda com o diploma constitucional.

A valorização do trabalho tem respaldo precípuo no dispositivo inicial da Constituição Cidadã, esteando como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho e, paralelamente, da livre iniciativa. Destarte, a Constituição propõe assegurar o equilíbrio entre a ordem econômica e a ordem social, com destaque para a primeira como valores-meio e a segunda como valores-fim (SANTOS; GOMES, p.1241).

A dignidade da pessoa humana também é elencada no rol dos fundamentos da República Federativa. Assim, sendo o trabalho um direito fundamental, pressupõe, logo, que esse trabalho deve ser um trabalho digno, cuja proteção ampliou-se a

todos os trabalhadores, não apenas aqueles destinatários da relação de emprego típica.

No rol dos direitos fundamentais, elevou o trabalho à categoria de direitos sociais, ao lado da educação, saúde, alimentação, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e da assistência aos desamparados.

No contexto democrático que surgiu a nossa Constituição, não poderia ter ficado de fora o direito de livre associação, que decorre da adoção dos princípios da auto-organização sindical e autonomia de administração dos sindicatos. Ainda nesse esforço, a ampliação da negociação coletiva e o direito de greve, que assumiu inimaginável dimensão.

Todo esse aparato trazido pelo Estatuto Maior concretizou benefícios em prol do trabalhador, como os já abordados no item que explorou o Direito do Trabalho no Brasil e que merecem ser, aqui, repetidos: a) jornada semanal de 44 horas e não mais 48 horas; b) fim da estabilidade decenal e obrigatoriedade do regime do fundo de garantia; c) instituição de indenização no caso de dispensa arbitrária; d) remuneração de férias acrescidas em 1/3; e) licença gestante de 120 dias; f) criação da licença paternidade, embora ainda não satisfatória por contar apenas com 5 dias; g) obrigatoriedade de representante de trabalhadores em empresas que contem com mais de 200 empregados; f) instituição da estabilidade para o dirigente sindical, dirigente das Comissões internas de Prevenção de Acidentes e da gestante, malgrado não ter contemplado outras categorias de empregados.

O processo de constitucionalização do direito do trabalho, assim como em outros ramos, veio consubstanciar a utilização da teoria geral do direito, contemplando o processo de integração através da primazia da aplicação dos princípios gerais do direito, dos princípios constitucionais e dos princípios específicos do direito do trabalho.

Os princípios gerais do direito seriam:

[...] as ideias fundamentais sobre a organização jurídica de uma comunidade, emanados da consciência social, que cumprem funções fundamentadoras, interpretativas e supletivas, a respeito de seu total ordenamento jurídico (BASTOS, 1997 apud BARROS, Alice de, 2012, p. 136).

O autor elenca os princípios da justiça, da igualdade e da dignidade da pessoa humana como princípios gerais do direito. Sergio Martins (2009, p.59), coadunando com essa linha de raciocínio da aplicação dos princípios gerais do direito ao direito do trabalho, considera, além dos já citados, o princípio da boa-fé.

Ademais, os princípios constitucionais também incorporam o processo de constitucionalização do Direito do Trabalho. Para Alice de Barros (2012, p.137) os princípios constitucionais “são súmulas que permitem melhor caracterizar a Constituição e compreendê-la”. Deixam de ser dogmas e convertem-se em direito positivo, dotados de eficácia normativa – acrescenta a eminente autora. Os princípios prescrevem diretrizes refletindo mandados de otimização (MARTINEZ, 2011, p.79). Assim sendo, há que se admitir e respeitar os princípios constitucionais como vetores da ordem jurídica brasileira, dotados de eficácia normativa.

A nossa Constituição Cidadã, em seu rol de princípios gerais, contemplou a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a isonomia, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa – todos aplicáveis ao direito do trabalho.

A dignidade da pessoa humana recebeu da Constituição de 88 tratamento de princípio fundamental, e deve ser considerado como o axioma de nossa ordem jurídica, com “valor pré-constituente e hierarquia supraconstitucional” segundo Inocêncio Coelho (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p.214). Esse princípio, que constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, advém da Declaração dos Direitos do Homem, aprovada pela Organização das Nações Unidas – ONU em 10/12/1948. Tem como pressuposto básico o respeito aos direitos humanos. Decorre desse princípio a garantia a todos, indistintamente e de forma ampla, de uma existência digna, não podendo, o sentido desse princípio, estar adstrito a defesa de direitos pessoais tradicionais (SILVA, 2009, p.105). Carmen Lúcia Antunes Rocha *apud* César Basile (2009, p.65) afirma que a Constituição contempla a dignidade humana tanto no sob o enfoque do direito a vida digna quanto o direito a existência digna.

A dignidade da pessoa humana tem relação direta com o trabalho humano. O trabalho constitui a principal fonte de renda e, portanto, de sobrevivência do homem, sendo através dele a principal forma de promover sua dignificação, com a satisfação de necessidades básicas de alimentação, moradia, lazer, saúde e educação

(GASPAR, 2009, p.84). Destituir o trabalhador de seu emprego sem qualquer motivo é privá-lo das necessidades básicas que consubstancia o princípio da dignidade da pessoa humana.

A relação dignidade humana e trabalho perpassa tanto pela via de garantir o trabalho digno, quanto por promover a dignificação do homem, ou seja, considerar o trabalho como forma de reconhecimento social do homem enquanto ser cuja dignidade deve estar assegurada, e para tal requer a inserção e manutenção do trabalhador em seu emprego.

O princípio da isonomia pode ser considerado na seara formal e na seara material. Isonomia formal pressupõe a igualdade de todos perante a lei, em sua forma estrita, ou seja, sem considerar distinções de grupos em sua essência substancial. A interpretação do art. 5º da Constituição da República não deve ser assim tão literal. Para Inocêncio Coelho (2010, p.221), o princípio da isonomia se configura pelo tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades. Ao Direito do Trabalho aplicar-se-á os ditames do princípio da isonomia em sua interpretação, também, substancial.

O princípio da liberdade, visando consubstanciar o contexto democrático que fez surgir a Constituição, contempla um amplo leque interpretativo que perpassa pelo campo da liberdade de locomoção, liberdade de opinião, liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de escolha profissional, liberdade de reunião, liberdade de associação e de sindicalização e liberdade religiosa. Todas elas também aplicáveis, substancialmente, ao Direito do Trabalho. Logo, a dispensa do trabalhador de suas atividades laborais por qualquer desses motivos tratar-se-á de dispensa sem justa causa ou imotivada.

Por fim, concluindo o rol dos princípios constitucionais cuja aplicabilidade ao Direito do Trabalho é notória, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Esse princípio, elevado à categoria de princípio fundamento da República Federativa do Brasil, ao lado da dignidade da pessoa humana, inspira o equilíbrio da ordem econômica, cujo objetivo é assegurar tanto a importância do trabalho como instrumento indispensável à ordem econômica, quanto, do outro lado, a liberdade de iniciativa econômica (CUNHA JÚNIOR, 2010, p.530), caracterizando, com isso, o regime neoliberal adotado pelo diploma constitucional. Assim, o empregador possui

autonomia, porém não absoluta, mas limitada aos ditames do ordenamento neoliberal.

2.4 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Os princípios específicos do direito do trabalho emanam, por vezes, do texto constitucional e, por vezes, do ordenamento específico do Direito do Trabalho.

A doutrina não é uníssona quando a discussão é a relevância e o conteúdo dos princípios específicos do Direito do Trabalho. Guilherme Guimarães Feliciano (2005, p.33) e Arnaldo Lopes Sussekind (2000, p.115) defendem o princípio da proteção do trabalhador como o princípio orientador que integra outros princípios específicos, reputando-o como o mais importante do sistema de proteção trabalhista. Assim, para essa parte da doutrina, perfazem subprincípios do princípio da proteção, os princípios *in dubio pro operário* e o princípio da norma mais favorável. Outros autores, no entanto, não os entendem como subprincípios, encarando-os como princípios em mesmo grau de relevância do princípio da proteção.

Para Sussekind (2005, p.115), “o princípio da proteção resulta das normas imperativas e, portanto, de ordem pública, que caracterizam a intervenção básica do Estado nas relações de trabalho, visando a opor obstáculos à autonomia da vontade”. O princípio em questão, dada a sua relevância para este trabalho, será abordado em item apartado.

Outros princípios específicos do Direito do Trabalho emanam diretamente da nossa Diploma Constitucional, e encontram-se espalhados em seu art. 7º.

Primeiramente, o princípio da não discriminação. É proibido expressamente diferenciar salários, exercício de funções ou critérios de admissão por motivo de estado civil, idade, sexo ou cor (art. 7º, inciso XXX, da CF/88); proibido, também, diferenciar salários ou critérios de admissão aos portadores de deficiência física (art. 7º, inciso XXXI).

O diploma constitucional consubstancia, ainda, em seu art. 7º, VI, o princípio da irredutibilidade do salário, dispositivo que só poderá ser mitigado por convenção ou acordo coletivo.

Delgado (1995, p.478) apresenta, ainda, outros dois princípios defendidos pela doutrina e protegidos pelo ordenamento trabalhista, especialmente na Consolidação das Leis do Trabalho: o princípio da irrenunciabilidade dos direitos laborais e o princípio da flexibilização. O primeiro é subjacente a imperatividade da maioria das normas trabalhistas e intenta “igualizar, no plano jurídico, a dissincronia clássica existente entre os sujeitos da relação sócio-econômica de emprego” (DELGADO, 1995, p.478). O autor assevera que o termo **irrenunciabilidade** é inadequado, na medida em que renúncia consiste em ato unilateral e a intenção do princípio em questão é tornar, de forma imperativa, os direitos laborais indisponíveis, por isso sugere a denominação “indisponibilidade dos direitos laborais”. O segundo princípio em exame – princípio da flexibilização – compreende a possibilidade de mitigação de direitos trabalhistas por meio de ajustes conveniados entre as partes. No entanto, “não há requisitos, critérios ou limites claros para o que seria a flexibilização jus laboral”, afirma Delgado (1995, p.478).

Alguns princípios do Direito do Trabalho se relacionam diretamente com o Direito Coletivo do Trabalho. Numa breve análise, serão aqui abordados os principais, as saber: liberdade associativa, autonomia sindical, equivalência dos contratantes coletivos, a criatividade jurídica da negociação coletiva e a adequação setorial negociada.

Por princípio da liberdade associativa e sindical entende-se que, em uma dupla análise, é livre, irrestritamente, ao obreiro associar-se ou sindicalizar-se, bem como não associar-se ou sindicalizar-se. Considerando este um direito assegurado na Constituição, o fato do empregador sindicalizar-se não poderá servir de motivo para o empregador dispensá-lo.

A autonomia sindical, segundo Delgado (1995, p.479), é garantia, sem intervenção do Estado e do empregador, da autogestão dos sindicatos e das associações de trabalhadores, devendo apenas ser respeitado o princípio da territorialidade subjacente a nosso ordenamento.

A equivalência dos contratantes coletivos propõe “o reconhecimento de um estatuto sócio-jurídico semelhante a ambos os contratantes coletivos (o obreiro e o empresarial)”, afirma Delgado (1995, p.479), já que os trabalhadores, enquanto

sujeito coletivo, não estão mais em ordem de desigualdade em relação ao empregador, como no direito individual do trabalho.

A criatividade jurídica da negociação coletiva postula a possibilidade de criação de normas jurídicas pelos atores coletivos, através dos acordos e convenções coletivas de trabalho.

Por fim, o princípio da adequação setorial negociada decorre do princípio da criatividade normativa e sua conseqüente abrangência. Há discussões na doutrina acerca do conteúdo das normas coletivas de trabalho emanadas de acordos ou convenções coletivas, se elas são plenas ou teriam limites impostos por nosso ordenamento. Três correntes discutem a matéria: a primeira se fundamenta na parte no final do *caput* do art. 7º da Constituição da República, que afirma que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, ou seja, o Estado postula garantias mínimas e os sujeitos coletivos devem negociar para melhorar esta realidade, nunca mitigar; a segunda corrente, ao contrário, entende que a autonomia privada coletiva é plena, ou seja, os sujeitos coletivos devem ter liberdade para negociar da forma que melhor entenderem; a terceira corrente, intermediária, se pauta no princípio da adequação setorial negociada e defende que a norma coletiva pode negociar tudo aquilo que estiver presente ou autorizado no diploma constitucional, bem como todos os direitos de indisponibilidade relativa, não permitindo, nem mesmo mediante negociação coletiva, a disponibilidade ou negociação dos direitos entendidos como de indisponibilidade absoluta, são estes os direitos relacionados a saúde e segurança do trabalhador.

2.4.1 Princípio da Proteção

O princípio da proteção, como o próprio nome já diz, pressupõe a proteção do trabalhador na relação de emprego, num reconhecimento de sua hipossuficiência em face do empregador. Esse princípio emana do art. 7º da Constituição Federal, que dispõe um rol mínimo de garantias dos trabalhadores urbanos e rurais com vistas à melhoria de sua condição social. O inciso I do mencionado dispositivo constitucional consubstancia expressamente o princípio da proteção do trabalhador, apregoando:

“relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa”. Assim, está claro que o trabalhador deve ser protegido contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que ainda não adveio. Mas outros institutos poderiam supri-la, conforme será exposto mais adiante.

Sussekind (2005, p.116) afirma que desse princípio mor existem outros **filhos legítimos**.

O princípio *in dubio pro operario* sugere a interpretação mais favorável ao trabalhador, quando da norma denotar duas ou mais interpretações, desde que não contrarie manifestação do legislador nem consubstancie matéria probatória. Coaduna-se com Sussekind o posicionamento de Luis de Pinho Pedreira da Silva (2000, p.32), ao considerar tal princípio como uma derivação do princípio da proteção.

Também **filho legítimo** do princípio da proteção, o princípio da norma mais favorável que, segundo Luis Pinho Pedreira da Silva (2000, p.32) difere do princípio pro operário porque este último considera apenas uma norma passível de interpretações diversas, enquanto aquele tem como pressuposto uma pluralidade de normas. Assim, “havendo pluralidade de normas, com vigência simultânea, aplicáveis à mesma situação jurídica, deve-se optar pela mais favorável ao trabalhador, ainda quando hierarquicamente inferior” (SILVA, 2000, p.34).

Para Maurício Godinho Delgado (1995, p.476), num posicionamento diferente do da citada doutrina, o princípio da norma mais favorável é o “nuclear de todo o sistema”, sendo o mais importante, notadamente pela finalidade específica que se traduz o Direito do Trabalho em equalizar a força entre as partes envolvidas nesse ramo jurídico. Discussões doutrinárias a parte, o princípio da norma mais favorável será aqui abordado, juntamente com um princípio da proteção, por entender que a aplicação da norma mais favorável acaba sendo uma forma de proteger o trabalhador, independente da posição que a doutrina aborde ser aquele **filho legítimo** ou não deste.

Denota do princípio da norma mais favorável que, quando da interpretação da norma jurídica, o aplicador deve sempre se pautar na hipossuficiência do trabalhador, direcionando a ele, mais favoravelmente, a aplicação da norma. Segundo Delgado (1995, p.476), esse princípio representa uma diversificada atuação. Na fase pré-

jurídica, o processo de construção da norma deve se pautar na condição mais benéfica ao trabalhador. Na fase jurídica, em que um eventual conflito de normas ou na interpretação da norma, o aplicador também deve utilizar o princípio de forma a prestigiar o trabalhador.

Sussekind (2005, p.117) considera, ainda, como **filho legítimo** do princípio da proteção, o princípio da condição mais benéfica, que pressupõe a prevalência das garantias mais vantajosas asseguradas pelo contrato de trabalho, ainda que norma jurídica contrarie tal disposição.

O princípio informa que cláusulas contratuais benéficas somente poderão ser suprimidas caso suplantadas por cláusula posterior ainda mais favorável, mantendo-se intocadas (direito adquirido) em face de qualquer subsequente alteração contratual ou regulamentar menos favorável (DELGADO, 1995, p. 477)

Para completar a família do princípio protetor, o princípio da primazia da realidade. Sobre o tema, escreveu Plá Rodriguez (2000, p.339):

O princípio da primazia da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos.

Assim, se a realidade fática configurar uma relação de emprego, com seus elementos essenciais – pessoalidade, subordinação, onerosidade e não eventualidade -, há que se reconhecer a relação de emprego, independentemente do que versar o contrato de trabalho. Esse princípio vem sendo muito invocado para descaracterizar rótulos de serviços autônomos ou de estágios, muitas vezes simulados para descaracterizar um contrato de emprego.

Sergio Torres Teixeira (1998, p.64) assegura que o princípio da proteção preleciona a proteção jurídica do trabalhador economicamente hipossuficiente, objetivando reduzir a desigualdade existente na relação de emprego. Assim, quando a Constituição determina a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, está o ordenamento protegendo juridicamente o empregado contra os arbítrios do empregador, sendo essa proteção um axioma que não poderá ser desrespeitado.

2.4.2 Princípio da Continuidade da relação de emprego

O princípio da continuidade da relação de emprego também foi considerado num grau de relevância jurídica pela Constituição de 88. Esse princípio decorre da órbita natural da continuidade dos próprios empreendimentos. Segundo Hugo Bernardes (1989, p.104), “os empreendimentos aspiram à continuidade, a inserção do trabalhador subordinado nesses empreendimentos absorve a mesma aspiração de continuidade”

Embora não seja inflexível, porque o ordenamento não respaldou a estabilidade absoluta do emprego (SUSSEKIND, 2005, p.117), o princípio da continuidade impõe, de certa forma, limite a autonomia de vontade do empregador, ao fixar a “proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos” (art. 7º, I, da CF/88), bem como ao impor “aviso prévio proporcional ao tempo de serviço” (art. 7º, XXI, da CF/88).

O princípio impõe também a característica da indeterminabilidade do contrato de trabalho, sendo os contratos a termo a exceção em nosso sistema. Nesse sentido, Sérgio Teixeira (1998, p.69) afirma que o contrato individual de trabalho é de trato sucessivo, incorporando a característica da não eventualidade da relação de emprego, preceituada no art. 3º da CLT⁴. Segundo o autor (TEIXEIRA, 1998, p.71):

O princípio em tela significa, assim, a tendência em se assegurar o prosseguimento da relação de emprego almejando manter o contrato individual de trabalho em pleno vigor durante o período mais longo de tempo possível, protegendo-o de atos destinados a provocar o seu término.

Para Teixeira (1998, p.72), a conservação do emprego gera uma segurança para o trabalhador, inculcando-lhe um sentimento de tranquilidade acerca da manutenção do contrato de trabalho e do recebimento salário.

O princípio da continuidade da relação de emprego se manifesta de diversas formas no ordenamento, desde a criação de normas que restringem a contratação por prazo

⁴ Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

certo, até a manutenção do emprego nas hipóteses de suspensão ou interrupção do contrato de trabalho, bem como, a manutenção do emprego quando da mudança na propriedade ou alteração subjetiva patronal (TEIXEIRA, 1998, p.76-82).

Nessa esteira, estaria o empregador ofendendo o princípio em exame quando decidisse pela terminação unilateral do vínculo empregatício, pela despedida sem qualquer causa justa ou motivo.

2.5 A PROTEÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A pressão pela implementação dos direitos fundamentais teve grande impulso com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948 na sessão ordinária da Assembleia Geral da ONU, em Paris. Com 30 artigos, a Declaração Universal reconheceu solenemente a dignidade da pessoa humana, o ideário democrático e o direito de resistência à opressão, ao proclamar os conhecidos direitos e garantias individuais, que consubstanciam a igualdade e dignidade, o direito à vida, à liberdade, a segurança pessoal, os direitos sociais do homem, aí incluídos o direito a segurança social e à satisfação dos direitos econômicos, e, enfim, o direito ao trabalho, à escolha do trabalho, a condições satisfatórias de trabalho e proteção contra o desemprego, a salário condigno, à limitação da duração do trabalho, a férias, a descanso remunerado e ao lazer, afirma José Afonso da Silva (2010, p.163-164).

A Constituição de 88 contemplou tais direitos numa abordagem exaustiva, quando introduziu o Título II sob denominação “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, nele incluindo os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º), Direitos Sociais (art. 6º ao 11º), Direitos da Nacionalidade (art. 12º e 13º), os Direitos Políticos (art. 14º ao 16º) e Partidos Políticos (art. 17º). No que tange aos direitos sociais, assegurou no caput do Art. 6º, da CF/88:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Na delimitação do que sejam os direitos fundamentais do homem, José Afonso da Silva (2010, p.178) assevera que são “garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas” e complementa “são situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”.

Renato Rúa de Almeida (2011, p.197) afirma que tanto os direitos fundamentais postulados no art. 5º da Constituição Cidadã, conhecidos como direitos de primeira geração, quanto os direitos sociais consubstanciados nos art. 6º ao 11º, conhecidos como direitos de segunda geração, obrigam as entidades públicas e privadas à eficácia de tais direitos, já que o próprio art. 5º, § 1º, da Constituição, preceituou que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Nesse sentido, já que o direito ao trabalho está assegurado como direito fundamental de segunda geração, restará garantida a eficácia da proteção da relação de emprego quando reza o art. 7º, inciso I, da Constituição da República:

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;

Assim, está instituída a proteção da relação de emprego na norma constitucional e, mais, alçada à categoria de direito fundamental, “vinculando negativamente o empregador” afirma Renato Rúa de Almeida (2011, p.198) e por outro lado, complementa o autor, vinculando positivamente os órgãos governamentais na eficácia de tal direito, por meio da implementação de políticas de promoção do pleno emprego.

3 CONTRATO DE TRABALHO E TÉRMINO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

3.1 DEFINIÇÃO, CARACTERÍSTICAS E NATUREZA DO CONTRATO DE TRABALHO

O mundo contemporâneo apresenta a liberdade jurídica dos seres cujo elemento volitivo é instrumento significativo na geração das relações jurídicas pessoais, diferentemente de períodos que antecederam, cujas relações jurídicas eram, notadamente, institucionalizadas de posse e vinculação extravolitiva.

Nesse contexto contemporâneo se insere a figura jurídica dos contratos de trabalho, que, para José Augusto Rodrigues Pinto (2007, p.193), ao diferenciar relação jurídica de emprego de contrato individual de trabalho, afirma ter o primeiro o ato subjetivo como elemento, sendo o segundo negócio jurídico do qual o contrato é espécie.

As críticas permeiam também acerca da denominação do termo. Parte da doutrina entende inadequado o termo “contrato de trabalho” já que o conteúdo do pacto laborativo não corresponde à denominação. Ademais, surgem questionamentos com relação ao conteúdo do contrato em questão, já que a expressão trabalho engloba não só a relação de emprego, mas de trabalho eventual, autônomo, avulso e outros, sendo portanto, muito mais abrangente do que o conteúdo do contrato em exame. Por isso, Delgado (2012, p.503) afirma ser a expressão “contrato de trabalho” inadequada, “dado que o epíteto contrato de trabalho pretende referir-se estritamente à relação de emprego e não às relações de trabalho em geral”. Por esse motivo, Luciano Martinez (2011, p.124), em sua obra, consagra a expressão contrato de emprego. Para o autor, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT utiliza a expressão “contrato de trabalho” para designar o que seria contrato de emprego. No entanto, parte da doutrina continua utilizando a expressão “contrato de trabalho” por entender que o erro técnico é irreparável por estar consagrado na CLT. De todo modo, a expressão “contrato de trabalho” pode ser entendida corretamente desde que utilizada no sentido lato, caso em que estaria contemplando todos os contratos que tenham como objeto um pacto de prestação de serviços, por pessoa natural, a outrem (DELGADO, 2012, p.503).

Superado o entendimento das controvérsias da denominação, passemos à definição.

A CLT, em seu art. 442, caput, dispõe que “contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. Essa definição é amplamente criticada pela doutrina. Para Delgado (2012, p.502), esse conceito “não desvela os elementos integrantes do contrato empregatício” nem estabelece relação correta entre seus termos, já que o contrato propicia o surgimento da relação de emprego quando devia corresponder àquela relação. Por isso, Alice de Barros (2012, p.185) propõe:

Contrato de trabalho é o acordo expresso (escrito ou verbal) ou tácito firmado entre uma pessoa física (empregado), jurídica ou entidade (empregador), por meio do qual o primeiro se compromete a executar, pessoalmente, em favor do segundo um serviço de natureza não eventual, mediante salário e subordinação jurídica.

Essa definição parece mais completa, na medida em que traz à baila as características essenciais do contrato de trabalho: pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação.

A pessoalidade pressupõe que o contrato de trabalho é *intuitu personae* com relação ao empregado, ou seja, aquele que integra o contrato deverá prestar pessoalmente o serviço, não podendo se fazer substituir por outrem. A não eventualidade pressupõe que a prestação do serviço é de trato sucessivo, não se esgotando com apenas um ato singular. A onerosidade pressupõe a consensualidade do empregado prestar serviços ao empregador mediante compensação com salário, não sendo descaracterizado se tal compensação for com fornecimento *in natura*, como alimentação ao rurícula, cachê ao artista, luva ou bicho ao desportista (BARROS, 2012, p.187). Por fim, a subordinação, que significa o atendimento às diretivas impostas pelo empregador quanto ao tempo e modo que deverá ser desenvolvida a atividade pelo empregado.

O contrato de trabalho consubstancia também diversas outras características, trazidas de forma bastante diversificada entre os doutrinadores. O contrato de trabalho é bilateral ou sinalagmático, já que cria obrigações tanto para o empregador quanto para o empregado; consensual, ou seja, independe de forma prescrita em lei,

embora, ressalve-se, alguns contratos devem ter forma escrita, quando a lei assim determinar; comutativo, já que estabelece prestações equivalentes para as partes integrantes; por fim, complexo, já que o contrato de trabalho pode ser associado a outros contratos sem desconfigurá-lo.

Quanto a sua natureza do Direito do Trabalho, compreendendo que classificar um ramo do direito quanto a sua natureza jurídica pressupõe encaixá-lo em alguns dos dois grandes ramos clássicos do direito – Direito Público ou Direito Privado –, importa em classificar o Direito em questão em um desses dois grandes grupos.

O Direito do Trabalho já foi classificado no grupo do Direito Público, sob argumento do caráter imperativo das normas trabalhistas, o que para Delgado (2012, p.74) se apresenta equivocadamente, já que a imperatividade das normas do direito não pode determinar a classificação de seus segmentos, se assim fosse o Direito de Família jamais pertenceria ao Direito Privado. Para o autor (DELGADO, 2012, p.75) não há como negar que a classificação do ramo justabalhista integra o grupo do Direito Privado. Bem assim defende Orlando Gomes (1987, p.30) ao afirmar que “os sujeitos das relações de trabalho, empregado e empregador, são simples pessoas privadas”. Assim, parece realmente mais coerente pensar o Direito do Trabalho integrante do ramo do Direito Privado, já que os sujeitos integrantes do contrato de trabalho compõem-se de particulares, que pactuam fundamentando-se no instrumento volitivo, prevalecendo a forma livre de celebração entre os sujeitos do contrato de trabalho, que serão conhecidos no próximo item.

3.2 O EMPREGADO E O EMPREGADOR

Todo contrato de emprego tem como sujeitos empregado e empregador. Inicialmente será estudado o empregado, pois, segundo Orlando Gomes (1987, p.90) “é ele o destinatário das normas protetoras que constituem o Direito do Trabalho”.

A definição legal de empregado é apresentada pelo art. 3º da CLT: “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário”. Essa definição legal se completa ao ser interpretada juntamente com o artigo 2º, parte final, da mesma Consolidação: “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que,

assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. Com esses dois dispositivos, estão postos os cinco elementos caracterizadores dessa figura que integra o contrato de trabalho, a saber: pessoa física, não eventualidade, onerosidade, subordinação e pessoalidade. Com esse aparato legal, define empregado:

[...] aquele que pessoalmente, sem auxílio de terceiros, despende, em caráter não eventual e sob direção alheia, sua energia laboral em troca de salário; aquele que, por não exercer atividade por conta própria, não assume riscos da atividade não qual está incurso (MARTINEZ, 2011, P. 153)

A doutrina apresenta de forma diferente as diversas espécies de empregados. A classificação adotada neste trabalho será a de Luciano Martinez por entendê-la ser a mais didática.

Primeiramente, Martinez (2011, p.153-182) apresenta como primeira classificação “quanto ao setor de atuação”, composto por servidores públicos, empregados públicos e empregados privados.

Os servidores públicos podem ser efetivos ou temporários. Efetivos são aqueles ligados à Administração direta, autárquica e fundacional, submetidos ao regime estatutário, cujo requisito, desde a Constituição de 88, é o concurso público. Os temporários, por sua vez, desenvolvem atividade de natureza temporária, motivado pelo interesse público ou pelo exercício de cargo em comissão.

Os empregados públicos também possuem vínculo permanente com a Administração Direta ou Indireta, se submetem a concurso público, porém são regidos pelo sistema celetista.

Os empregados privados são “os trabalhadores contratados no âmbito do setor privado”, não se vinculam a teto remuneratório, podem possuir estatutos próprios (domésticos ou rurícolas) ou serem regidos pela CLT, não possuem regime próprio de previdência, são regidos pelo Regime Geral da Previdência Social (MARTINEZ, 2011, p.157).

A segunda classificação apresentada por Martinez (2011, p.157) é “quanto a atividade desenvolvida pelo empregado”: se a atividade é econômica, os

empregados podem ser urbanos ou rurais; se atividade realizada não for econômica, os empregados são domésticos.

Outra classificação relevante trazida por Martinez (2011, p.175) é “quanto ao local de prestação dos serviços”. Nesta classificação o autor traz a baila dois grupos: em sede do empregador ou empregados em domicílio.

Outra classificação apresentada por Luciano Martinez (2011, p.178) para definir as diversas espécies de empregados é “quanto à posição hierárquica do empregador”, sendo integrante desse grupo os empregados ordinários, os altos empregados e as dimensões de confiança.

Empregados ordinários são aqueles que não possuem posição de destaque hierarquicamente, tampouco financeiramente. Do outro lado, os altos empregados são aqueles que ocupam cargos de nível gerencial, “investidos de mandato que lhes confere poderes de administração para agir em nome do empregador” (BARROS, 2012, p.213). Dentro do grupo dos altos empregados temos ainda: a) as dimensões de confiança, que, como o próprio nome já se pressupõe, configura-se pela inspiração da confiança do empregador a determinados empregados; b) empregado-sócio, admitido quando o sócio cotista for contratado como empregado; c) empregado-diretor, que ocorre quando um empregado é elevado à condição de diretor da empresa.

Por fim, como última classificação relevante, Luciano Martinez (2011, p.180) apresenta os empregados “quanto ao desenvolvimento”, integrando nesse segmento: a) os empregados com formação e cognição completas, qual seja, aqueles juridicamente capazes, que possuam idade superior a 18 anos ou, se 16 anos completos, emancipado; b) os empregados com formação ou cognição incompletas, que não possuem ampla capacidade para os atos da vida civil, como os índios e os menores.

Alice de Barros (2012, p.221) apresenta, ainda, uma outra espécie de empregados, os trabalhadores intelectuais. Esse grupo foi por muito tempo refutado pela doutrina como integrantes do contrato de trabalho por entender que a característica da subordinação estaria ausente na relação de emprego. No entanto, assevera a autora que essa característica admite graus, que, no caso dessa classe de trabalhadores, por apresentarem uma maior autonomia devido a atividade que desempenham,

possui grau de subordinação menor, não estando, no entanto, de todo ausente. A relação de trabalho com os trabalhadores intelectuais reúne todos os pressupostos do art. 3º da CLT, quais sejam: pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade. Segundo Alice de Barros (2012, p.222), “os trabalhadores intelectuais são aqueles cuja atividade pressupõe uma cultura científica ou artística, como o advogado, o médico, o dentista, o engenheiro, o artista, entre outros”.

Exaurido o estudo acerca dos empregados, passemos a analisar o outro sujeito da relação de emprego, o empregador, aquele que se configura como devedor da contraprestação salarial e como credor do trabalho do empregado (GOMES, 1987, p.117).

A definição de empregador apresentada pela CLT em seu art. 2º, *caput*, é alvo de crítica da doutrina. Ao afirmar que “empregador é a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”, a Consolidação está asseverando que a parte na relação de emprego é a empresa, termo usado inadequadamente, já que a empresa não é sujeito de direito em nosso ordenamento jurídico (DELGADO, 2012, p.399). A falha técnica continua no complemento do mencionado dispositivo⁵, que dispõe sobre os empregadores equiparados, que, para Maurício Coutinho Delgado (2012, p.400) não existem empregadores por equiparação.

Assim, parece mais adequada a definição de empregador formulada por Luciano Martinez (2011, p.183):

[...] pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado (este excepcionalmente autorizado a contratar) concedente da oportunidade de trabalho, que, assumindo os riscos da atividade (econômica ou não econômica) desenvolvida, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços de outro sujeito, o empregado.

A definição em destaque consubstancia duas características importantes da figura do empregador: a despersonalização e a assunção de riscos. A primeira pressupõe que o nosso sistema prima pelo ente institucional em detrimento do empreendedor, assim, não poderão ser afetados o contrato de trabalho nem os direitos adquiridos

⁵ Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados (artigo 2º, § 1º, CLT)

pelos empregados em caso de alteração na estrutura jurídica ou propriedade da empresa (artigos 10 e 448, CLT). Quanto a assunção de riscos, Luciano Martinez (2011, p.186) assevera que “o risco deve ser sempre considerado por quem nele se aventura”. Nessa esteira, não haveria que se admitir a terminação unilateral do contrato de trabalho, por parte do empregador, utilizando tais fundamentos porque seria dispensa imotivada.

Ainda complementando a caracterização dos empregadores, há que se destacar a dotação de poderes. Assim como o empregado é um trabalhador subordinado, o empregador é um sujeito dotado de poder diretivo, que é a forma de decidir e determinar como serão realizadas as atividades desenvolvidas por seus empregados contratados (MARTINS, 2009, p.196). Esse poder de direção não é, portanto, ilimitado, não estando os empregados obrigados a seguirem ordens de cunho ilegal. Assim, a Constituição, a lei, os acordos e convenções coletivas e a boa-fé são os limites desse poder de direção que tem o empregador (MARTINS, 2009, p.196). Ademais, o poder diretivo é, decerto, um poder-função, que configura o alcance de determinada finalidade de natureza técnica, possuindo, portanto, limites jurídicos (VILHENA, 2005, p.254).

[...] o que se objetiva é a regularidade, a continuidade e a segurança dessa atividade para a consecução dos fins intercalares e última da empresa. Esse é que é o limite de exercício de poder diretivo, que a ordem jurídica confere ao empresário (VILHENA, 2005, p.258).

Decorrem do poder diretivo patronal, os poderes de organização, de fiscalização ou controle e o poder disciplinar.

O poder de organização é decorrente do direito de propriedade. Assim, o empregador tem o direito de organizar seu empreendimento de acordo com a atividade desempenhada pela empresa, podendo decidir acerca do número de funcionários, regulamentando seu trabalho através de regulamentos e estabelecendo horário e local onde a atividade será desenvolvida.

O empregador também tem o direito de controlar e fiscalizar a execução do serviço. Decorrente desse poder, o empregador pode controlar o ponto dos empregados, controlar o acesso à empresa e restringir o acesso a determinadas áreas. No âmbito do poder de fiscalização surgem entraves entre o direito do empregador e os limites

impostos pelos direitos fundamentais dos empregados, sobretudo no que concerne, especificamente, às revistas íntimas. É muito comum, hodiernamente, os empregadores se valerem desse poder diretivo para invadir uma seara íntima daqueles por eles contratados, não respeitando limites de direitos fundamentais impostos por nossa Constituição Cidadã.

O poder disciplinar é o poder de sanção que tem o empregador com relação ao empregado quando da ocorrência de um mau procedimento. Dentre os atos que podem exercer o empregador no âmbito de seu poder de punição estão a advertência, a suspensão disciplinar e a dissolução do contrato por justa causa. No entanto, ressalta Sergio Pinto Martins (2009, p.200) que “o poder de punição do empregador deve ser exercido com boa-fé, cujo objetivo deve ser pedagógico, implicando em excesso ou abuso de poder se exercido em desacordo com suas finalidades”.

Assim, nesse escorço das questões relativas aos dois polos do contrato de trabalho, pode-se inferir que a relação empregado x empregador requer uma regulamentação criteriosa com vistas a minimizar o choque de interesses existente entre as partes. É nesse sentido que o ordenamento brasileiro, por meio, sobretudo, da Constituição de 88 e da Consolidação das Leis do Trabalho, e, considerando a posição de hipossuficiência do empregado no contrato de trabalho, tenta equalizar as forças entre as partes, de forma a minimizar a posição inferior ocupada pelo empregado na relação empregatícia.

3.3 TÉRMINO DA RELAÇÃO DE EMPREGO E AUTONOMIA PRIVADA DO EMPREGADOR

O Direito do Trabalho, em sua essência, procura antepor ao término da relação de emprego, de forma a preservar, conforme estudado no item anterior deste trabalho, a continuidade da relação de emprego e a norma mais favorável ao trabalhador.

Num breve escorço, a cessação contratual no Brasil perpassa por três diferentes momentos, segundo Maurício Coutinho Delgado (2012, p.1130): a) antigo modelo celetista; b) modelo inaugurado pelo FGTS; c) modelo a partir da Constituição de 88.

O antigo modelo celetista apresentava obstáculos significativos para dificultar a dispensa pelo empregador. Primeiro, pela existência de indenizações crescentes para os empregados com menos de 10 anos de serviço. Segundo, porque instituía a estabilidade do empregado após 10 anos de serviço (9 anos, conforme jurisprudência). Assim, segundo Delgado (2012, p.1130), o antigo modelo tutelado pela CLT não impedia o exercício unilateral do empregador em dispensar imotivadamente, mas sua autonomia privada acabava sendo restringida do ponto de vista econômico, consubstanciando a forte atuação do princípio da continuidade da relação de emprego.

Esse modelo engessado, coerente com o sistema autoritário da época, sofria constantes críticas por limitar, de forma estritamente radical, a autonomia privada do empregador. Com advento do liberalismo, inaugurou-se o segundo modelo estreado pela implementação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS. Com tal regime, era facultado ao empregado no momento da celebração do contrato, fazer a opção pelo fundo, que consistia no depósito mensal de 8% sobre o salário a uma conta vinculada ao empregado, dispensando a obrigatoriedade do empregador das indenizações crescentes por tempo de serviço, bem como provocando a perda do direito do empregado da estabilidade decenal, tendo este, contudo, o direito ao saque com adicional de 10% no caso de dispensa imotivada (DELGADO, 2012, p.1131). Esse modelo acabou por permitir uma maior autonomia privada ao empregador, flexibilizando a influência o princípio da continuidade da relação de emprego.

Com o advento da Constituição Cidadã, a instituição do terceiro momento histórico relacionado à matéria da extinção do contrato de trabalho propõe “a superação do velho sistema celetista de garantia do tempo de serviço e do contrato, ao mesmo tempo em que universalizam o regime do FGTS” (DELGADO, 2012, p.1133), apontando uma autonomia desenfreada do empregador, embora a Constituição tenha dado delineamentos para limitar tal direito potestativo. No que tange a universalização do FGTS, o art. 7º, III da Constituição Federal instituiu o fundo como direito de todo trabalhador urbano e rural (exceção do empregado doméstico), não mais sendo opcional. O segundo aspecto foi a extinção do antigo modelo de indenizações crescentes e da estabilidade decenal.

Para Maurício Coutinho Delgado (2012, p.1134), com a nova proposta da Constituição, extinguindo o antigo modelo indenizatório e estabilizatório e instituindo o FGTS de forma universal, poder-se-ia imaginar que a sua opção política perpassava pelo modelo liberal de continuidade e cessação do contrato do trabalho, cuja autonomia do empregador seria ilimitada. No entanto, o artigo 7º, inciso I do Diploma Constitucional estipulou “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”. Até o advento de tal lei complementar, o dispositivo fica disciplinado pelo art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 10. Até que seja promulgada a 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 nº 5.107, de 13 de setembro de 1966;

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.

Além do mencionado dispositivo, Delgado (2012, p.1134) destaca, ainda, o art. 7º, inciso XXI, da Constituição Federal, em que fica assegurado ao trabalhador o aviso prévio proporcional. Assim, com todo esse aparato constitucional para garantir o trabalho como um direito social, embora assegurando um mínimo de autonomia privada ao empregador, há que se reconhecer que o Texto Magno primou pela concretização do princípio da continuidade da relação de emprego ao repelir, logo no inciso I do art. 7º, a dispensa efetivada sem um mínimo de fundamento (DELGADO, 2012, p.1135). É esse também o posicionamento adotado por este trabalho. Mesmo reconhecendo que o dispositivo carece de regulamentação, tal ausência não justifica a adoção um posicionamento contrário ao que propõe a ordem constitucional. Se o trabalho foi alçado à categoria de direito social, seria incongruente a interpretação do Diploma Constitucional admitindo a dispensa sem uma motivação socialmente aceitável.

3.3.1. Modalidades de cessação do contrato de trabalho

A doutrina apresenta diferentes classificações para as espécies de extinção do contrato de trabalho, mas a diferenciação é somente quanto a denominação, quanto ao conteúdo de cada uma delas, é quase que pacífica. José Augusto Rodrigues Pinto (2007, p.554) descreve como modalidades de extinção a caducidade, ou seja, esgotamento de suas funções no mundo jurídico, a resolução, a rescisão e a rescisão. De forma similar, Luciano Martinez (2011, p.485) afirma que o contrato de trabalho pode cessar pela via normal, que ocorre quando atingiu o termo final ou propósitos prescritos, ou pelas via excepcional, cuja cessação ocorrerá por rescisão, resolução ou rescisão. Amauri Nascimento (2012, p.1155-1205) simplesmente classifica a extinção do contrato de trabalho por iniciativa do empregado, através de pedido de demissão e aposentadoria; extinção por iniciativa do empregador, de ambas as partes ou decorrente de ato ou fato de terceiro; e as dispensas individuais.

A classificação aqui adotada será a de Martinez e Pinto, por incorporar a forma mais didática de abordar o tema.

A cessação do contrato de trabalho pela via normal pode ser pelo término por alcance do termo final, muito comum nos contratos por tempo determinado, ou pela extinção por obtenção dos resultados propostos no contrato, que “vigora até a última prestação dos serviços encomendados ou até a concretização do evento projetado” (MARTINEZ, 2011, p.488).

Pela via excepcional, conforme dito, a doutrina apresenta a resolução, a rescisão ou a rescisão.

A resolução é a extinção do contrato de trabalho pela inexecução faltosa de uma das partes, ou de ambas. Essa espécie de extinção do contrato contemplaria quatro grupos: 1) a dispensa por justa causa, quando a infração é cometida pela classe obreira; 2) dispensa ou despedida indireta, quando a inexecução faltosa ocorre por parte do empregador; 3) culpa recíproca, quando ambas as partes cometem a falta; 4) resolução do contrato pelo implemento da condição resolutive (DELGADO, 2012, p.1143).

A rescisão contratual significa a extinção do contrato de trabalho em virtude de uma nulidade. Mas o que ocorre rotineiramente é atribuir o termo “rescisão” a qualquer extinção de contrato trabalhista, de forma indistinta.

Por fim, a rescisão é a extinção do contrato por iniciativa de uma ou de ambas as partes, no exercício de sua autonomia de vontade sem que haja qualquer interferência estatal. Quando a iniciativa é do empregado, essa extinção denomina-se demissão; quando é do empregador, despedida, ou dispensa sem justa causa ou, ainda, dispensa imotivada; quando a rescisão é bilateral, ocorre o que denomina-se distrato (DELGADO, 2012, p.1142).

O ordenamento brasileiro, no entanto, não propicia autonomia de vontade absoluta às partes que desejarem por fim ao contrato, não possibilitando, simplesmente, o pedido de demissão ou a despedida sem nenhum ônus para aquele que pretende finalizar o contrato de trabalho. O aviso-prévio é um dos instrumentos, em vigor, que vem concretizar esse ônus para a parte que desejar por fim ao contrato de trabalho, coadunando com o postulado jurídico-social consubstanciado na Constituição de 88.

O aviso prévio é a comunicação por uma parte à outra parte, da intenção de por fim a um contrato sem justo motivo, com observância mínima de 30 dias (art. 7º, XXI, da CF/88). Se a parte que pretende por fim ao vínculo contratual, sem prestar o aviso prévio, a CLT em seu art. 487, §§ 1º e 2º, possibilita o aviso prévio indenizado. Durante a vigência do aviso prévio, não vigoram as causas de estabilidade, salvo recente alteração da CLT⁶ com a edição da lei 12.812/2013 (BRASIL, 2013), que garante estabilidade da gestante no curso do aviso prévio.

Ademais, o art. 7º, inciso I, da CF/88, que protege o trabalhador contra despedida arbitrária ou sem justa causa, também se perfaz num instrumento limitador da autonomia de vontade do empregador em por fim um contrato de trabalho, bem como todo o postulado principiológico subjacente ao ordenamento constitucional, tais como o princípio da proteção e o princípio da continuidade da relação de emprego, dentre outros já explorados neste trabalho. Esse não é, porém, o entendimento atual da jurisprudência que, por entender não existir lei complementar

⁶ “A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.” (CLT, Art. 391-A).

que regulamente o dispositivo constitucional que protege o trabalhador contra despedida arbitrária ou sem justa causa, admite a dispensa imotivada.

3.3.2 Efeitos da cessação do contrato de trabalho

O aviso prévio, como já mencionado, é um dos instrumentos de mitigação à autonomia de vontade das partes em por fim a um contrato de trabalho. Regulamentado pela Lei 12.506/11, contempla os empregados urbanos, rurais e domésticos e é concedido proporcionalmente: 30 dias aos empregados com até 1 ano de empresa, podendo chegar até 90 dias (DELGADO, 2012, p.1148).

O FGTS, conforme dito, foi universalizado com a Constituição Federal, que instituiu o fundo como direito do trabalhador urbano e rural. O FGTS se constitui em um fundo em que são realizados depósitos mensais a uma conta vinculada ao empregado, na proporção de 8% de sua remuneração. Na ocasião de uma despedida imotivada, o empregado tem direito à liberação do FGTS com um adicional de 40% sobre o total do fundo, a ser pago pelo empregador, conforme preceitua o art. 10, inciso I, da ADCT⁷, até que se advenha lei complementar regulamentando a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa. As controvérsias acerca da mencionada lei complementar serão discutidas em capítulo próprio.

Feita essa breve introdução, há que se avaliar as verbas indenizatórias específicas para cada modalidade de extinção do contrato de trabalho.

A despedida sem justa causa ao lado da rescisão indireta (ruptura por infração do empregador) incorpora a maior parte das verbas rescisórias. Ambas, ocorrendo, são devidos ao empregado o aviso-prévio, férias proporcionais com adicional de 1/3, 13º proporcional, a liberação de FGTS com adicional dos 40% sobre o valor do fundo, além de emissão de comunicação de dispensa e seguro desemprego para viabilizar ao empregado sua habilitação perante a seguridade social (DELGADO, 2012, p.1150). São devidas as mesmas verbas rescisórias para os casos de extinção do

⁷ Art. 10. Até que seja promulgada a 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 nº 5.107, de 13 de setembro de 1966.

contrato de trabalho por extinção de empresa ou estabelecimento, salvo motivo de força maior, cuja CLT, art. 502, tutela atenuação do prejuízo do empregador. Acrescenta Delgado (2012, p.1150) que a despedida sem justa causa poderá se tornar nula, com a conseqüente reintegração do empregado, se for efetivada no período de interrupção ou suspensão contratual, ou no gozo de estabilidades e garantias.

O pedido de demissão pelo empregado implica somente no pagamento de férias proporcionais com adicional de 1/3 e 13º proporcional, tendo o obreiro a obrigação do cumprimento do aviso prévio de 30 dias.

O distrato trabalhista, ou seja, extinção do contrato de trabalho por ambas as partes, é para Mauricio Coutinho Delgado (2012, p.1152) inviável do ponto de vista técnico-jurídico, já que contrapõe os princípios do Direito do Trabalho. Assim, “no acordo informal para rompimento do contrato, todas as verbas rescisórias próprias à dispensa sem justa causa mantêm-se, em princípio, devidas ao trabalhador” como se fosse uma despedida sem justa causa (DELGADO, 2012, p.1152).

Ocorrendo culpa recíproca, ou seja, inexecução faltosa de ambas as partes, a indenização por tempo de serviço é devida pela metade, logo em vez de 40% será de 20%; pela metade também as demais verbas rescisórias: aviso prévio indenizado, 13º e férias proporcionais, incluindo o terço desta última (art. 484, da CLT).

Quando a extinção do contrato de trabalho ocorrer por morte do empregado, o empregador deverá ao espólio somente o 13º e férias proporcionais (incluindo seu 1/3). Os herdeiros terão direito aos depósitos FGTS. Se a morte for do empregador pessoa natural, e não se procedendo a sucessão trabalhista, logo ocorrendo a extinção do estabelecimento, o art. 486 da CLT postula que serão devidos o aviso-prévio, 13º proporcional, férias proporcional com adicional de 1/3 e liberação do FGTS. Quanto ao adicional de 40% do FGTS, Delgado (2102, p.1156) afirma que é pertinente em todas as situações de extinção empresarial sem força maior, logo seria cabível já que os herdeiros do falecido decidiram por não continuar com a atividade da empresa. Por fim, se a extinção ocorre por opção do obreiro nos casos de morte do empregador pessoa física investida em empresa individual, ainda que a empresa não seja extinta, o empregado tem direito ao saque do FGTS porém não tem direito ao adicional de 40%, tem direito ao 13º proporcional, férias proporcional

com seu terço, não estando obrigado a conceder o aviso-prévio (DELGADO, 2012, p.1157).

3.4 SISTEMAS DE PROTEÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

3.4.1 Sistemas de estabilidades e garantias

Estabilidade significa uma vantagem jurídica permanente, cujo vínculo empregatício é mantido independente da vontade do empregador. Já garantia é uma vantagem jurídica provisória deferida ao empregado por um tempo determinado (DELGADO, 2012, p.1123).

Luciano Martinez (2011, p.553-554) afirma que o sistema de estabilidades e garantias no emprego perpassa, no Brasil, por três diferentes momentos. No primeiro momento, a CLT tutelava dois tipos de garantias: a básica, que se constituía quando o empregado tivesse entre 1 e 10 anos de emprego, cabível uma indenização quando da ocorrência de despedida; a especial, que configurava uma estabilidade definitiva aos empregados com mais de 10 anos de empresa, não podendo o contrato ser resolvido por iniciativa do empregador – é a conhecida estabilidade decenal.

Art. 492 - O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas (CLT).

O segundo momento é instituído em 1966 com a Lei do FGTS. Com o novo modelo, era ofertado ao empregador a opção de escolha pelo FGTS, que, como já falado anteriormente, consistia em depósitos mensais, na proporção de 8% da remuneração, a uma conta vinculada ao empregado. Caso o obreiro optasse pelo regime, “abdicaria de todas as vantagens que a estabilidade poderia lhe oferecer” (MARTINEZ, 2011, p.554). Optando pelo FGTS, caso a dissolução do contrato ocorresse por iniciativa patronal, a este cabia uma indenização no percentual de 10% sobre o total já depositado – uma alternativa encontrada pelo legislador para proteger o empregado contra despedida arbitrária ou sem justa causa, que, sob a

ótica deste trabalho, não protegia o empregado contra tal arbitrariedade, já que ficava a critério do empregador a dispensa com, apenas, o ônus da indenização.

O advento da Constituição de 88 inaugura o terceiro momento das estabilidades. O art. 7º, III, da CF/88, postula que é direito de todos os brasileiros urbanos e rurais o fundo de garantia por tempo de serviço. Ou seja, o FGTS deixou de ser opção do empregador no momento da assinatura do contrato de trabalho, sendo, portanto, obrigatória. O Texto Constitucional trouxe, ainda, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, a majoração da indenização para 40% sobre o total de depósitos para os casos de resolução do contrato por iniciativa do empregador, até que advenha lei complementar para regulamentar a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

Art. 10. Até que seja promulgada a 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 nº 5.107, de 13 de setembro de 1966 (ADCT)

Com a inauguração desse modelo, o ordenamento brasileiro passou a conviver com duas espécies de empregados: os inseridos no regime da estabilidade decenal, mas que passaram a ter direito aos depósitos mensais do FGTS, fato que, caso ainda não tivesse atingido a estabilidade, numa eventual dispensa sem justa causa, teria direito à indenização imposta pelo regime anterior à Constituição, portanto, 10%; e aqueles que estavam no regime do FGTS anterior à Constituição, por opção.

Esse modelo atual inaugurou, além da peculiaridade do FGTS, um sistema peculiar de estabilidades e garantias, coerente com o que consubstancia o princípio da continuidade da relação de emprego. No entanto, como será visto adiante, o judiciário brasileiro adotou, posteriormente, posicionamento contrário ao postulado constitucional, ao refutar a ratificação de convenção da Organização Internacional do Trabalho que regulamentava a despedida imotivada.

Retomando a discussão das estabilidades e garantias, há que se considerar que essas figuras, embora correlatas, comportam diferenças.

Segundo Delgado (2012, p.1123):

Estabilidade é uma vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de uma circunstância tipificada de caráter geral, de

modo a assegurar a manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício, independente da vontade do empregador.

A estabilidade se fundamenta na lei ou em instrumentos contratuais, vedando a dispensa sem justa causa, afirma Martinez (2011, p.561). Num eventual desligamento durante a estabilidade, o empregado pode ser reintegrado se declarada a inexistência de falta grave (art. 495, CLT) ou receber indenização, se desaconselhável a reintegração. Só remanescem no sistema atual três tipos de estabilidade: a estabilidade decenal, porém de forma residual, daqueles empregados que a adquiriam antes da promulgação da Constituição de 88; a estabilidade dos empregados públicos celetistas da Administração Direta, autárquica e fundacional, excluindo os de empresa pública e sociedade de econômica mista (Sumula 390⁸, TST), estendendo a esses empregados públicos a mesma estabilidade dos servidores estatutários (art. 41⁹, da CF/88); e a estabilidade dos servidores públicos celetistas com 5 anos de emprego ao tempo da promulgação da Constituição de 88, conforme art. 19 do ADCT¹⁰.

Por outro lado, a garantia de emprego, também denominada pela doutrina de estabilidade provisória ou estabilidade temporária é, segundo Delgado (2012, p. 1123):

[...] vantagem jurídica de caráter transitória deferida ao empregado em virtude de um circunstancia contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independentemente da vontade do empregador.

⁸ *Sumula 390 do TST*

ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SBDI-2) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJs nºs 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000)

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

⁹ Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

¹⁰ Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

No o rol das estabilidades provisórias, o dirigente sindical é o primeiro indicado pela Constituição de 88, no art. 8º, VIII. O empregado sindicalizado pleiteante de cargo de direção ou representação sindical, não poderá ser dispensado, salvo se cometer falta grave, a contar do registro da candidatura após um ano do término do mandato, ainda que suplente. Só serão contemplados pela estabilidade o dirigente sindical que se submeter a processo eleitoral. Algumas regras foram impostas por dispositivos sumulares para obtenção da estabilidade, como a comunicação ao empregador e o limite máximo de sete dirigentes sindicais (Sumula 369¹¹, TST).

O art. 10, II, a, do ADTC consubstanciou a estabilidade do membro das comissões internas de prevenção a acidentes – CIPA, vedando a dispensa arbitrária ou sem justa causa do empregado eleito para cargo de direção das comissões desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato. A sistemática é muito parecida com a estabilidade do dirigente sindical. A CLT foi, portanto, recepcionada pela Constituição quando postulou em seu art. 165:

Os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

A gestante também foi tutelada pela estabilidade provisória com a Constituição de 88. O art. 10 do ADTC assegurou que a gestante não pode ser dispensada sem justa causa desde a confirmação da gravidez, entende-se desde a concepção,

¹¹ *Súmula 369 do TST*

DIRIGENTE SINDICAL. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item I alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) -Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - É assegurada a estabilidade provisória ao empregado dirigente sindical, ainda que a comunicação do registro da candidatura ou da eleição e da posse seja realizada fora do prazo previsto no art. 543, § 5º, da CLT, desde que a ciência ao empregador, por qualquer meio, ocorra na vigência do contrato de trabalho.

II - O art. 522 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Fica limitada, assim, a estabilidade a que alude o art. 543, § 3º, da CLT a sete dirigentes sindicais e igual número de suplentes.

III - O empregado de categoria diferenciada eleito dirigente sindical só goza de estabilidade se exercer na empresa atividade pertinente à categoria profissional do sindicato para o qual foi eleito dirigente.

IV - Havendo extinção da atividade empresarial no âmbito da base territorial do sindicato, não há razão para subsistir a estabilidade.

V - O registro da candidatura do empregado a cargo de dirigente sindical durante o período de aviso prévio, ainda que indenizado, não lhe assegura a estabilidade, visto que inaplicável a regra do § 3º do art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho.

independente do conhecimento do empregador (Sumula 244¹², TST), até 5 meses após o parto.

A estabilidade da gestante foi estendida ao curso do aviso prévio. O que antes não era admitido pelos Tribunais brasileiros, passou, numa decisão de superação e avanço do nosso sistema, a reconhecer o primado da dignidade da gestante e da criança em detrimento da autonomia privada do empregador, ao impedir a dispensa sem justa causa da gestante no curso do aviso prévio, com a aprovação e vigência da Lei 12.812/13, que acrescentou art. 391-A à CLT e dispõe:

Art. 391-A. A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Também estão incluídos na estabilidade provisória os egressos do auxílio-doença acidentário, conforme dispõe art. 18 da Lei 8231/91 (art. 18 da Lei 8231/91): após cessado o auxílio-doença acidentário, é garantida ao empregado a manutenção do contrato de trabalho por no mínimo doze meses. A doutrina discute as peculiares com relação a essa norma. Segundo Luciano Martinez (2011, p.574), somente o segurado que sofreu acidente do trabalho – entendido como evento sofrido por trabalhador que esteja a serviço da empresa – tem direito à proteção. Ademais, afirma o autor (MARTINEZ, 2011, p.574) que “não é razoável excluir o segurado que se afastou e retornou por aposentadoria por invalidez acidentária”. Completa Martinez (2011, p. 574) que tal estabilidade só contempla o recebimento do auxílio-doença acidentário, mas não o auxílio doença previdenciário.

Também são detentores da estabilidade provisória o diretor de cooperativa de empregados, não estendida aos suplentes (Lei 5.764/71, art. 55); membro trabalhador do Conselho Nacional de Previdência Social – CNPS (Lei 8.213/91, art. 3º, § 7º); representantes dos empregados em comissões de conciliação prévia,

¹² **Súmula 244 do TST**

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT). [...]

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

estendida aos suplentes (CLT, art. art. 625-B, § 1º); representantes dos empregados no conselho curador do FGTS, também estendida aos suplentes (Lei 8.036/90, art. 3º, § 9º).

Esse sistema de estabilidades e garantias postulado em nosso ordenamento incorpora a roupagem constitucional de assegurar a proteção do trabalhador, sobretudo determinadas categorias específicas, que, não possuindo um tratamento específico, podem acabar ficando a mercê da autonomia patronal.

3.4.2 Proteção contra despedida discriminatória

Ronald Dworkin (2000, p.450) afirma que “ninguém em nossa sociedade deve sofrer porque é membro de um grupo considerado menos digno de respeito, como grupo, que outros”. A discriminação representa uma conduta de distinção, dando a um sujeito tratamento desqualificante. É uma conduta reprovável, porém a nossa própria história contribuiu para os diversos comportamentos discriminatórios no seio social, seja pela desqualificação de raça, de sexo, de cor, de idade. Por outro lado, o nosso ordenamento jurídico vem se posicionando no sentido de reduzir essas diferenças nefastas impostas pela nossa história, tanto com a Constituição de 88, com seus diversos dispositivos constitucionais que se fundam no tratamento igualitário, quanto com aqueles dispositivos que impõem uma redução das diferenças, assim como o ordenamento trabalhista que, reconhecendo a condição de hipossuficiência do trabalhador, se posiciona no sentido de diminuir a desigualdade existente e evitar condutas discriminatórias direcionadas a este sujeito da relação de emprego.

Maurício Godinho Delgado (2012, p.796) define discriminação como “conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”. As proteções antidiscriminatórias estão tuteladas, em linhas gerais, no Diploma Constitucional quando integra os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, inciso IV, da CF/88).

No ordenamento trabalhista, a não discriminação é corolário do princípio da proteção, que, como já mencionado neste trabalho, é princípio norteador dos demais princípios específicos trabalhistas e pressupõe a proteção do trabalhador na relação de emprego em reconhecimento a sua condição hipossuficiente. Delgado (2012, p.796-799) eleva a não discriminação ao status de princípio.

Algumas tradicionais proteções antidiscriminatórias, anteriores à Constituição de 88, permaneceram no sistema após seu advento, é o caso da proteção contra a discriminação em função do sexo, trazido no bojo original da CLT, art. 5º, e a proibição de diferença de salários por motivo de idade, sexo, cor e estado civil, fundamentos já consubstanciados nas Constituições de 1946 (art. 157, II) e de 1967 (art. 158, III) e ratificados pela Constituição de 1988 (art. 7º, XXX).

O advento da Constituição de 88 não só manteve as proteções antidiscriminatórias dos diplomas anteriores como também alargou tais proteções.

As condutas antidiscriminatórias existentes na relação de emprego comportam origem distintas, seja por se fundar em discriminações gerais, que podem estar relacionadas a situações contratuais diversas, ou a empregados de uma forma geral, seja por se fundar em discriminações com repercussões salariais, que envolvem o instituto da equiparação salarial, quadro de carreira, empregado substituto provisório e terceirização (DELGADO, 2012, p.800). Este trabalho terá como foco as proteções discriminatórias gerais, tendo em vista que seu tema compreende como objeto principal a despedida arbitrária ou sem justa causa.

A primeira grande tutela antidiscriminatória consubstanciada na Constituição da República de 88 foi concernente à mulher trabalhadora. As distinções oriundas do sexo foram aniquiladas pela Constituição/88 de forma geral, já no art. 5º, inciso I, quando postulou que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Estendeu tal proteção no art. 7º, inciso XX, ao possibilitar tratamento diferenciado à mulher como forma de proteger e ampliar o mercado de trabalho da mulher, assegurando uma postura de antidiscriminação da mulher obreira, o que acabou por revogar dispositivos da CLT por total incompatibilidade com o texto constitucional (DELGADO, 2012, p.804). A Lei 9029/95 vem corroborar com o combate às condutas discriminatórias na medida em que “proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas

discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho”. O art. 4º do referido diploma legal faculta ao empregado a sua “readmissão” cumulada com ressarcimento do período em que o empregado esteve afastado ou a percepção, em dobro, do período em que o empregado esteve afastado (art. 4º, Lei 9029/95).

O trabalhador menor de 18 anos também foi incluído na tutela contra a discriminação, com a atual Constituição Federal, embora, segundo Mauricio Godinho Delgado (2012, p.805) o avanço poderia ter alcançado padrões mais desejáveis, em conformidade com as determinações da OIT. A Constituição de 88 resgatou o que havia sido suprimido pela Constituição de 1967: a tutela antidiscriminatória por motivo de idade. Nessa esteira, Delgado (2012, p.806) assevera que menores de 18 anos só podem ver seus direitos trabalhistas restringidos em situações com finalidades educacionais, seja na condição de aprendiz, de estagiário ou no trabalho educativo. Ou seja, “a ordem jurídica repele a utilização precarizante do trabalho do jovem no país” (DELGADO, 2012, p.808). Cabe aqui destacar que nosso ordenamento jurídico prevê a possibilidade do labor, em relação empregatícia, a partir de 16 anos ou 14 anos somente condição de aprendiz (art. 7º, XXXIII, CF/88).

A Constituição assegurou, ainda, a proteção antidiscriminatória quanto a nacionalidade. Já em seu art. 5º, ficou assegurado a igualdade entre todos perante a lei, “sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (art. 5º, *caput*, da CF/88), sendo a CLT recepcionada somente no que é compatível com a Constituição Cidadã.

O art. 358 da CLT também determina, num posicionamento antidiscriminatório, que nenhum brasileiro perceberá salário inferior a contratado estrangeiro quando se tratar de exercício de funções análogas e ressalva as seguintes exceções:

- a) quando, nos estabelecimentos que não tenham quadros de empregados organizados em carreira, o brasileiro contar menos de 2 (dois) anos de serviço, e o estrangeiro mais de 2 (dois) anos;
- b) quando, mediante aprovação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, houver quadro organizado em carreira em que seja garantido o acesso por antigüidade;
- c) quando o brasileiro for aprendiz, ajudante ou servente, e não o for o estrangeiro;
- d) quando a remuneração resultar de maior produção, para os que trabalham à comissão ou por tarefa.

O tratamento isonômico do caput do mencionado dispositivo é conferido quando da consideração de funções análogas. Mas o legislador assevera que, em algumas situações especiais, como falta ou cessação de serviço, a manutenção da relação de emprego com o brasileiro deve prevalecer em detrimento da do estrangeiro (art. 358, parágrafo único, CLT).

Outra grande inovação constitucional, segundo Delgado (2012, p. 814), é a proteção contra discriminação do portador de deficiência. A Constituição, em seu art. 7º, XXXI, proíbe a discriminação do portador de deficiência no tocante a salário ou forma de admissão. Essa proteção se estende a qualquer tipo de trabalhador que demande um tratamento especial, como os portadores de AIDS e câncer, e nesse sentido a jurisprudência tem se pautado na proteção contra as dispensas desses empregados e determinando a reintegração quando a rescisão for discriminatória. Nesse sentido, sumulou nosso Tribunal Superior do Trabalho, Sumula 443:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

Em seguida, apenas com propósito ilustrativo para demonstrar o posicionamento dos Tribunais em consonância com a citada súmula, o seguinte acórdão:

II - RECURSO DE REVISTA - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA - EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE - REINTEGRAÇÃO. Com efeito, o e. Tribunal Regional consignou que o julgador de primeiro grau, ao declarar a nulidade da dispensa do reclamante e determinar a sua reintegração, considerou que a rescisão foi discriminatória, tendo em vista que ocorreu logo após a comunicação ao superior hierárquico do reclamante, quanto ao reaparecimento da doença. Nesse contexto, a Corte *a quo*, ao absolver o reclamado da condenação que lhe foi imposta no tocante à reintegração do reclamante aos seus quadros, com a percepção dos salários e demais direitos advindos da decisão, não obstante tenha considerado que a rescisão foi discriminatória, violou o art. 5º, XLI, da Constituição Federal.

Registre-se, por oportuno, que, em recente revisão de jurisprudência, o Pleno desta Corte decidiu editar a Súmula nº 443, na qual se presume discriminatória a dispensa de empregado portador de doença grave. Neste contexto, em que comprovado que a rescisão foi motivada por atos de discriminação, nada impede a sua reintegração no serviço, visto que em evidente afronta aos princípios gerais do direito, especialmente no que se refere às garantias constitucionais do direito à vida, ao trabalho, à dignidade da pessoa humana e à igualdade. Precedentes. **Recurso de revista conhecido e provido.**

Processo: RR - 165200-89.2005.5.02.0006 **Data de Julgamento:** 27/05/2013, **Relatora Desembargadora Convocada:** Maria das Graças Silvano Dourado Laranjeira, 2ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 07/06/2013.

O art. 3º, parágrafo único da CLT, foi recepcionado pela Constituição de 88 quando esta proibiu a distinção entre o trabalho intelectual, técnico a manual. No entanto, não é considerado discriminatório a instituição de “piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho”, pois assim postulou a CF/88 em seu art. 7º, V¹³.

O trabalhador avulso também foi merecedor de proteção, quando preceituou a Constituição Cidadã em seu art. 7º, XXXIV “igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso”. Segundo Delgado (2012, p.815) o posicionamento constitucional é “inspirado na ideia ampla de isonomia e não somente naquela mais básica de não discriminação”.

Nessa esteira, há que se afirmar que o ordenamento trabalhista incorporou os preceitos principais da nossa Constituição Cidadã, primando pelos interesses e pela redução das desigualdades sociais, considerando, sobretudo, a posição de hipossuficiente dos trabalhadores e, especificamente, daqueles segmentos historicamente sujeitos de condutas discriminatórias no seio da sociedade.

Coadunando com o postulado constitucional, admitir a despedida imotivada de qualquer empregado é reconhecer a posição hipossuficiente do trabalhador e não equilibrá-la no sistema jurídico, na medida em que torna-se humilhante e discriminatório dispensar um trabalhador somente porque está no liame direito potestativo e da autonomia privada do empregador, sem qualquer motivo e sem qualquer justificativa, sem, até mesmo, ponderar que daquele trabalho depende o empregado para prover sua sobrevivência e de sua família.

¹³ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

4 A PROTEÇÃO CONTRA DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

4.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A Constituição Federal de 1988, além de alçar o trabalho à categoria de direito fundamental, assegurou, em seu art. 7º, I, a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar. Quando da promulgação da CF/88, a referida proteção, enquanto lei complementar não adviesse, se submeteria a aplicação provisória do art. 10 da ADCT, que fixa o aumento do FGTS de 10% para 40%, entre outras disposições.

A Convenção n. 158 da OIT, que tutela a dispensa socialmente justificável, já estava em vigor no âmbito internacional, quando do advento da CF/88, sendo ratificada pelo Brasil em 1995. A normatividade internacional foi, inicialmente, recepcionada pelo ordenamento brasileiro com o status de norma constitucional, o que restaria cumprida a omissão constitucional consubstanciada no dispositivo que protege a relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa. No entanto, a Convenção internacional foi denunciada um ano após sua ratificação, o que contribuiu para impedir a regulamentação da proteção do trabalhador contra os arbítrios do empregador.

Neste tópico, será apresentado, como estudo prévio necessário para o entendimento do tema central deste trabalho, uma breve apreciação acerca dos institutos da despedida arbitrária ou sem justa causa e as distinções entre ambos. Será feita, ainda, uma análise sobre o art. 7º, I, da CF/88 e a polêmica da lei complementar prelecionada no dispositivo.

4.1.1 Despedida arbitrária

A despedida arbitrária foi definida pelo legislador ordinário, antes mesmo da Constituição de 88, em 1977, pela CLT. Preceitua o dispositivo, em seu art. 165: “Os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer

despedida arbitrária, entendendo-se como tal, a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro”. Para Silva (1996, p.106), motivo disciplinar é aquele cuja causa esteja relacionada à capacidade ou comportamento do empregado; técnico está relacionado à reorganização e tem repercussão na eficiência da empresa; econômico é a causa que tem relação direta com a conjuntura econômica, cuja solução não depende da vontade do empregador, por isso não poderia atribuí-lo total responsabilidade por problemas de ordem econômica; e financeiro, como do próprio nome já se pode inferir, tem causa relacionada às finanças da empresa.

Assim, se a Constituição protegeu o empregado contra a despedida arbitrária, pressupõe-se que refutou a despedida não fundada em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, instituindo, ao empregador, o caráter relativo do direito, e não um direito potestativo absoluto.

Segundo Manus (1996, p.47), a Consolidação traz o conceito coerente de despedida arbitrária, sendo esta considerada como o “despedimento sem qualquer motivação objetiva”.

Para Renato Rua de Almeida (1997, p.338), a despedida arbitrária está relacionada às situações de dispensas coletivas, desse modo, as dispensas coletivas podem ser arbitrárias ou não. A justa causa está relacionada à despedida individual, pela inaptidão profissional do empregado. No entanto, parece mais coerente considerar o motivo disciplinar, preceituado pela CLT como um dos motivos de despedida arbitrária, como motivo de ordem individual, já que está relacionado ao comportamento ou capacidade do trabalhador, e não relacionada a situações coletivas. Logo, com todo respeito ao posicionamento de Almeida, nem toda despedida arbitrária poderia estar relacionada a situações coletivas.

4.1.2 Despedida sem justa causa

A definição de despedida sem justa causa é formulada a partir da análise do art. 482, da CLT. O dispositivo determina os motivos que podem levar o empregador a dispensar o empregado, assim sendo considerada dispensa sem justa causa aquela

que não se fundar em um dos dispositivos discriminados pelo legislador na CLT, art. 482, alíneas “a” a “l”:

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.

Ante a interpretação do dispositivo supra, pode-se inferir que a dispensa sem justa causa está relacionada a motivos de ordem individual, em regra relacionado a comportamento de ordem individual. Assim, os atos de improbidade administrativa, a conduta que dispensa gestos obscenos, negociação do trabalhador que impliquem em concorrência à empresa a qual está vinculado, falta de empenho no desempenho de suas funções, violação de segredo, desobediência a ordens hierárquicas, condenação criminal transitada em julgado, todas essas são faltas do empregador que motivarão a despedida, perfazendo uma dispensa com justa causa.

Delgado (2012, p.1125-1128), definiu dispensa imotivada e dispensa sem justa causa como qualquer despedimento sem causa juridicamente relevante por parte do empregador.

Cabe aqui salientar que a proteção da relação de emprego em prol do trabalhador, não pressupõe um desequilíbrio entre as partes do vínculo empregatício. Quando o empregado é dispensado imotivadamente, ele é privado de sua subsistência, ao passo que, quando ele pede demissão, está exercendo a liberdade do trabalho, direito fundamental previsto no art. 5º, inciso XIII, da CF/88 (ALMEIDA, 2007, p.337).

Feita essa introdução conceitual, necessário explorar o tema a partir da ordem constitucional em vigor.

4.1.3 O artigo 7º, I, da CF/88, e a polêmica da lei complementar

Com o advento da CF/88, passou a vigorar o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço de forma universal, dirigido a todos os trabalhadores integrantes de uma relação de emprego, não mais sendo possível a opção da estabilidade em detrimento da escolha pelo FGTS – salvo os trabalhadores contratados anteriormente à CF/88 -, tendo, portanto, sido suprimida o sistema das antigas estabilidades. Pedro Paulo Teixeira Manus (1996, p.45) traz em sua obra o seguinte questionamento:

[...] mas se foi suprimida a estabilidade do texto constitucional, o que significa a garantia inserida no inciso I do art. 7º da Constituição Federal? Que tipo de benefício criou o legislador constitucional em troca da estabilidade?

Postula o mencionado dispositivo:

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 (CF/88).

No mencionado art. 7º, inciso I, a Constituição de 1988, incorporando o Estado do bem estar social, assegurou a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar. Paralelamente, disciplinou no art. 10 do ADCT, até que se advenha a citada lei complementar, o aumento da multa do FGTS de 10% para 40%, bem como vedou a dispensa arbitrária ou sem justa causa do empregado eleito para cargo da CIPA, desde o registro de sua candidatura até um anos após o final do mandato, e da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Desse modo, a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa ficou adstrita aos membros da CIPA e empregada gestante até cinco meses após o parto.

O legislador constituinte adotou o critério da lei complementar, e não ordinária, para regulamentar o dispositivo em exame, art. 7º, inciso I da Constituição. O mesmo legislador adotou o critério de aprovação por maioria absoluta para lei complementar (art. 69¹⁴, CF/88), portanto mais rigor na aprovação quando comparado à lei ordinária, que requer maioria simples. Atribuiu, o legislador constituinte, grande relevância à matéria.

No entanto, em coerente explanação, Pedro Paulo Teixeira Manus (1996, p.51) afirma que, no Direito do Trabalho, é possível lei menor instituir direitos mais abrangentes aos trabalhadores do que os postulados pela Lei Maior, desde que obedecida a hierarquia das fontes e em consonância com os princípios informadores do nosso ordenamento, já que “na essência do Direito do Trabalho repousa o fundamento de proteção ao trabalhador”, afirma.

Desse modo, o posicionamento adotado pela Constituição Cidadã, quanto tutelou a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, se coaduna com outras tutelas consubstanciadas na ordem constitucional, como “os valores sociais do trabalho”, art. 1º, inciso IV, o primado do trabalho e do bem-estar social como fundamentos da ordem social, art. 193, o princípio da continuidade da relação de emprego, além de contemplar o trabalho no rol dos direitos fundamentais.

Nessa esteira, considerando que lei complementar ainda não foi editada para regulamentar o dispositivo que tutela a proteção do trabalhador contra os arbítrios do empregador, será que outros institutos legais, como a Convenção 158 da OIT, não preencheria a omissão do legislador constituinte? Essa pergunta será respondida no próximo tópico.

¹⁴Art. 69. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta (CF/88).

4.2 A PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA À LUZ DA CONVENÇÃO 158 DA OIT

4.2.1 O Conteúdo da Convenção n. 158

Como já se falou aqui neste trabalho, a OIT exerce uma função normativa, através de edição de convenções e recomendações. Ambas devem ser referendadas pela autoridade nacional para vigência em seu território. As convenções, para serem recepcionadas no ordenamento, devem ser, pelo país-membro, ratificadas. Os países que integram o sistema monista – caso do Brasil – uma vez tendo ratificada uma convenção internacional, revogam normas infraconstitucionais com elas incompatíveis, obtendo assim a normatização internacional caráter de norma constitucional.

Além de vasta, por contemplar todas as espécies de trabalhadores, a convenção nº 158 é flexível, deixando a cargo de cada Estado Nacional a sua não aplicação a determinadas classes de trabalhadores em virtude da natureza do próprio contrato de trabalho (SOARES FILHO, 2011, p.1343).

A convenção nº 158 veio condicionar o término da relação de emprego – entenda-se por **término**, iniciativa do empregador – a motivos socialmente justificáveis (OIT, Convenção 158, art. 3º). Isso demonstra a real intenção da normatização em materializar a proteção do trabalhador, consubstanciada em diversos dispositivos.

Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador, a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço (OIT, 1982, Convenção 158, art. 4º).

Assim, reza o art. 4º da Convenção que consistirá em motivo para a dispensa do empregado causa relacionada a sua capacidade ou comportamento ou outra causa fundada nas necessidades de funcionamento da empresa ou serviço, limitando, com isso, a liberdade de despedir do empregador. Desse modo, ao vincular a justificativa da dispensa à capacidade ou comportamento do empregado, pressupõe o dispositivo que a causa da dispensa está relacionada às suas ações ou ao seu modo de agir, ou seja, aptidão para o desempenho das atribuições ou mal

comportamento, seja relacionado a desempenho profissional, seja relacionado a desempenho pessoal (SILVA, 1996, p.65).

Complementa, ainda, o art. 7º, que o término da relação de emprego por motivo técnico ou disciplinar só deverá ser referendado após dar ao empregado a oportunidade de defesa. Não possuindo um motivo socialmente justificável, o art. 10º da Convenção “alvitra a possibilidade de os organismos competentes, segundo a legislação e práticas nacionais, anularem o término da relação de iniciativa do empregador e, eventualmente, ordenarem ou proporem a readmissão do trabalhador” (SOARES FILHO, 2011, p.1348). Com esses dois dispositivos, resta claro o interesse da norma internacional em proteger o trabalhador face às mazelas impostas pelo interesse do capital, como afirma Antônio Álvares da Silva (1996, p.75):

Hoje, no Brasil, está exclusivo e soberano arbítrio do empregador o exercício do direito de dispensa. Se não quer ou não mais lhe interessa o trabalho do empregado, pode dispensá-lo sumariamente, sem qualquer causa ou justificação, Leva-se em conta apenas um dos lados da relação de trabalho – o interesse do capital.

A Convenção veio, ainda, ratificar o que já havia sido consagrado em nosso sistema constitucional, não constituindo justificativa para o término da relação de emprego os o fato de trabalhadores se candidatarem ou representarem a classe ou associações sindicais, bem como os que representarem contra atos do empregador que atentem contra leis e regulamentos, além de não constituir motivo para dispensa a cor, raça, sexo, estado civil, gravidez, religião, (OIT, 1982, Convenção 158, art. 5º), coibindo, desse modo as dispensas discriminatórias também tuteladas em nosso ordenamento em diversos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, como a Lei 9029/95, consoante já explorado em capítulo anterior.

O trabalhador que se sentir injustiçado com a dispensa sem motivo justificável poderá recorrer a um organismo neutro (OIT, 1982, Convenção 158, art. 8º), que no Brasil é determinado pelo art. 5º, inciso XXXV da CF/88, ou seja, corresponde ao Poder Judiciário (SILVA, 1996, p.82). Segundo José Álvares da Silva (1996, p.88), a causa injustificada poderá ocasionar a readmissão ou, caso não seja conveniente, a indenização ou outra forma de reparação.

O art. 13 preceitua que, em caso de dispensas por motivos econômicos, estruturais, tecnológicos ou análogos, deverá o empregador participar aos representantes dos

trabalhadores em tempo oportuno, informando motivo, as categorias e a quantidade dos trabalhadores afetados, bem como a adoção de medidas para atenuar as consequências adversas.

Com esse dispositivo, a normatização internacional previu a dispensa por motivos relacionados ao empregado (capacidade e comportamento), quando a vaga poderá ser ocupada por outro titular, e motivos imputáveis ao empregador, caso em que implicará na redução de empregos por motivos internos ou externos relacionados à empresa (SILVA, 1996, p.103).

Os motivos elencados no art. 13 – econômicos, estruturais, tecnológicos ou análogos – ocasionarão dispensas de ordem coletiva, porque não poderia, a OIT, relegar os problemas de ordem geral e atribuir toda a responsabilidade ao empregador fazendo-o suportar uma carga que não foi por ele provocada. São econômicos os motivos que, “em razão da conjuntura econômica”, seja necessária a dispensa coletiva; tecnológicos se referem a reorganização da empresa, geralmente vinculados à informática, quando se faz necessária “a redução de meios e aumento da eficiência”; estruturais tem a ver com a parte “orgânica finalística e relacional da empresa”, o que, por sua abrangência, prescindiria da menção a motivos análogos. (SILVA, 1996, p.106).

No direito comparado esses motivos se manifestam de distintas formas, porém a maioria dos institutos estrangeiros se apresenta com relativa similitude aos motivos elencados pela Convenção em exame. Na CLT, é entendida como despedida arbitrária aquela que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Os três últimos têm, decerto, similitude com os motivos admitidos como dispensa socialmente justificável – para as despedidas coletivas – materializada pela Convenção. O motivo disciplinar tem estreita similitude com o art. 4º da Convenção, que admite como motivo socialmente justificável a dispensa do empregado cuja causa esteja relacionada a sua capacidade ou comportamento.

Em que pese a prevalência de normas de direito material em prol do trabalhador, além dos motivos reconhecidos como socialmente justificáveis elencados no art. 13º, a Convenção tratou, ainda, de facultar ao empregador, no art. 11º, a mitigação do aviso prévio no caso de cometimento de falta grave pelo obreiro, manifestando, com isso, que a proteção ao trabalhador também vem arraigada de limites. Assim,

entende-se que a normatização internacional ora examinada, não extrapolou os limites do equilíbrio da relação entre empregado e empregador, apenas primou pela proteção do lado hipossuficiente da relação.

4.2.2 Ratificação e denúncia da Convenção n. 158

A Convenção n. 158 foi consagrada em Genebra, em 22 de janeiro de 1982, na 68ª reunião da Conferencia Internacional do Trabalho, pela OIT.

Passou a vigor no âmbito internacional em 23 de novembro de 1985. Foi aprovada no Brasil pelo Congresso Nacional através Decreto Legislativo nº 68, em 1992. Sua Carta de Ratificação foi depositada pelo Estado Brasileiro em 5 de janeiro de 1995, e sua vigência começou 12 meses depois, em 5 de janeiro de 1996.

A sua ratificação no Brasil, lhe deu o status de norma constitucional, o que acabaria por suprir a omissão legislativa do inciso I, do art. 7º da CF, quando versa: relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, **nos termos de lei complementar**. Não foi o que ocorreu. A Convenção foi denunciada pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso em 20 de janeiro de 1996, tendo seus efeitos iniciados em 20 de novembro de 1997, sob o argumento da inconstitucionalidade do decreto que a promulgou.

O principal argumento da inconstitucionalidade do instituto é sua incompatibilidade com o art. 7º, inciso I, da CF, ao passo que, o dispositivo constitucional carece de instituição de lei complementar para sua regulamentação, e a Convenção teria ingressado no ordenamento como lei ordinária, portanto inferior hierarquicamente.

Foi esse o argumento utilizado pela Suprema Corte, nas palavras do Relator Min. Celso de Mello Segundo, para refutar a autoaplicabilidade do dispositivo constitucional que prima pela proteção da relação do emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, art. 7º, inciso I, do Estatuto Superior – direito fundamental, ressalte-se – e julgar parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI-MC 1480, impetrada pela Confederação Nacional dos Transportes e Confederação das Indústrias. Alegam, ainda, a inconstitucionalidade do instituto, inclusive nos autos da citada ADI, com o art. 10, I da ADCT, que

preceitua que tal proteção, até que advenha lei complementar regulamentado o inciso I do art. 7º da Constituição, ficará limitada ao aumento de quatro vezes do percentual previsto para o FGTS, ou seja, 40%, além de limitar a proteção contra despedida arbitrária apenas de empregado eleito membro da CIPA até um ano após o final do mandato e empregada gestante até cinco meses após o parto.

No julgamento do pedido liminar da ADIn 1480, decidiu por 7 votos a 4 a Corte Suprema, em 04.09.1997, suspender os efeitos da norma internacional, já que o dispositivo constitucional carece de lei complementar e o entendimento da Corte foi recepcionar o tratado internacional como lei ordinária.

E M E N T A: [...] TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR. - O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio pacta sunt servanda, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno. ADI 1480 MC / DF - DISTRITO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): **Min. CELSO DE MELLO**. Julgamento: **04/09/1997** Órgão Julgador: **Tribunal Pleno** Data da Publicação: **18/05/2001**

Uma denúncia, decerto, irregular, já que contrariou dispositivo da própria Convenção ratificada pelo Governo Brasileiro, por não respeitar o prazo estipulado de 10 (dez) anos, a partir de sua entrada em vigor:

Todo Membro que tiver ratificado a presente Convenção poderá denunciá-lo no fim de um período de 10 (dez) anos, a partir da data da entrada em vigor inicial, mediante um ato comunicado, para ser registrado, ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho. A denúncia tornar-se-á efetiva somente 1 (um) ano após a data de seu registro. (OIT, 1982, Convenção 158, art. 17).

A irregularidade também contraria a Constituição da OIT, organismo do qual o Brasil é Estado-membro fundador, que determina que ratificação das convenções tem prazo de validade normal de 10 anos e, somente após este prazo, poderão ser denunciadas por meio de comunicação ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho (OIT, 1946).

Ademais, a denúncia não se submeteu a nenhuma apreciação do Congresso Nacional, contrariando norma constitucional que estipula ser de competência daquela Casa “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (art. 49, inciso I, CF/88). Por esse motivo, a referida denúncia é objeto da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 1625, ainda não julgada pelo Supremo.

No aspecto material, a denúncia da Convenção representa um retrocesso. Segundo José Soares Filho (2011, p.1348), o avanço que a classe trabalhadora adquirira com o instituto normativo e a falta de autonomia do empregador aliado ao ônus econômico e financeiro provocado, “acabou por acerbos reações por parte do empresariado brasileiro”.

Para José Soares Filho (2011, p.1348), a posição do Supremo em refutar importante instituto internacional não se coaduna com o que dispõe o art. 5º, §2º da nossa Carta de 88, que apregoa que os tratados internacionais adotados no Brasil incluem-se no rol dos direitos e garantias constitucionais.

O Ministro Carlos Velloso argumentou que não há que se falar em inconstitucionalidade formal, de modo que a Convenção internacional é recepcionada em nosso ordenamento como lei enquanto gênero, seja lei ordinária, complementar ou delegada (GASPAR, 2009, p.77). Acrescenta ainda que contempla, a Convenção n. 158, garantias que integram direitos fundamentais. Estes quando decorrentes de tratado internacional, referendado pelo Presidente da República e Congresso Nacional, constituem direitos fundamentais com vida autônoma, não dependem de outros institutos, seja art. 7º, I da CF, seja ADCT, art. 10º. Desse modo, nas suas regras, a Convenção 158 é autoaplicável. Acrescenta o Ministro: “assim, posta a questão, é lícito afirmar que a Convenção nº 158/OIT incorporou-se à ordem jurídica brasileira com característica autônoma, vale dizer, independentemente da disposição inscrita no art. 7º, I, da CF” (WANDELLI, 2004, p.330).

O debate do tema tornou-se veemente. Eis que em fevereiro de 2008 o Governo Brasileiro submeteu novamente ao Congresso a Convenção Internacional, mas até o momento não seguiu para o Plenário. Encontra-se pendente na Comissão do

Trabalho aguardando realização de audiência pública. A classe trabalhadora espera posicionamento ativo em seu favor, primando pelo reconhecimento da utilidade da convenção.

A Convenção 158/OIT revela-se extremamente útil ao, convido ao país novamente adotá-la e tornar efetivas as diretrizes nela estabelecidas.. Aguarda-se, com razoável expectativa, a decisão final do Congresso Nacional sobre a recente proposta do Governo de Ratificação desse instrumento internacional, que certamente trará bons frutos para as relações de trabalho, concorrendo para o desenvolvimento econômico com justiça social. (SOARES FILHO, 2011, p.1349).

De fato, parece notória a causa da denúncia da convenção por parte do Governo Brasileiro. Fato é que o instituto protegia o trabalhador ao ponto de sentirem-se os empresários ofendidos em sua autonomia, a ponto da pressão da classe empresarial provocar a denúncia, fazendo o Governo se curvar aos seus anseios. Mas não há que se falar em ofensa a autonomia privada, na medida em que estamos tratando direitos sociais, que integram o rol dos direitos e garantias fundamentais. Não há que se ponderar a autonomia privada face a direito fundamental, salvo algum caso concreto que seja necessário tal ponderação. Tratando-se de emprego é tratar de lazer, família, educação, subsistência do trabalhador, tudo constitucionalmente assegurado no rol dos direitos fundamentais.

Importante reiterar palavras de José Soares Filho, não se pode retroagir. A ratificação da Convenção n. 158 consagra direitos já adquiridos através de uma luta histórica. Luta que teve como palco a Guerra Mundial, a Revolução Industrial, o capitalismo, a globalização, não podendo agora mitigar direitos até então jamais alcançados, numa demonstração de verdadeiro retrocesso.

4.3 A PROTEÇÃO CONTRA DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA NO DIREITO COMPARADO

A autonomia absoluta da vontade do empregador, em promover o “descarte” do empregado ao seu bel prazer, é refutada nos principais ordenamentos estrangeiros. Segundo Antônio Álvares Silva (1996, p.46), um estudo do direito comparado demonstra que a proteção da relação de emprego e contra a dispensa são instituídas por lei nas principais nações mundiais. Segundo Renato Rua de Almeida

(2007, p.336) “as legislações comparadas se encontram num estágio mais aperfeiçoado do que a legislação brasileira”.

O ordenamento alemão, sempre pioneiro em matéria de direitos sociais, foi um dos primeiros a instituir a dispensa socialmente justificável, antes mesmo da Convenção nº 158, quando publicou, em 1951, a Lei de proteção contra dispensa (GASPAR, 2009, p.90).

Almeida (2007, p.341), em estudo sobre a proteção da relação de emprego nos direitos português, espanhol e francês, assevera que tais legislações internacionais seguem as diretrizes da Convenção nº 158 da OIT, contemplando tanto o regime de proteção individual da relação de emprego (justa causa) quanto a proteção coletiva do emprego (arbitrária), sendo, para o autor, direito francês pioneiro no tratamento diferenciado da proteção da relação de emprego.

O Código de Trabalho francês disciplina que, antes de dispensado, o empregado deve ser convocado para noticiá-lo o motivo da dispensa, que deverá se pautar numa causa “real e séria”, que inviabilize a continuidade do vínculo empregatício (ALMEIDA, 2007, p.343).

O ordenamento português empregou limites à autonomia patronal consubstanciando motivos econômicos, tecnológicos ou estruturais para justificar a dispensa do empregado (GASPAR, 2009, p.94), bem como um justo motivo, qual seja, disciplinar (ALMEIDA, 2007, p.341). O Código de Trabalho Português (Lei 7/2009, art. 367, 1), preleciona que a dispensa por extinção do posto de trabalho deve ser motivada:

Considera-se despedimento por extinção de posto de trabalho a cessação de contrato de trabalho promovida pelo empregador e fundamentada nessa extinção, quando esta seja devida a motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, relativos à empresa.

O Estatuto dos Trabalhadores espanhol consignou a necessidade de justo motivo para a dispensa individual, assim entendida como *un incumplimiento grave e culpable del trabajador* (ALMEIDA, 2007, p.342-343).

O Sistema mexicano, desde a Constituição de 1917, já previa a proteção contra a despedida arbitrária – ressalvados os casos de empregados exercentes de cargo de confiança, empregado doméstico ou trabalhador eventual – sendo a reintegração a consequência da arbitrariedade (GASPAR, 2009, p.93).

Segundo Danilo Gaspar (2009, p.93), o sistema inglês combateu as dispensas abusivas, “assim entendidas como aquelas que não forem relacionadas a incapacidade ou conduta do empregado ou razões técnicas da empresa”.

Destarte, a legislação internacional, assim como a normatização constitucional brasileira, em consonância com a seara dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais, tende a proteger a relação de emprego e os arbítrios do empregado no que tange a seu exercício de poder de dispensa do empregado. Esse posicionamento também se coaduna com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que postulou direitos e deveres fundamentais e consubstancia, em seu art. 23, matéria trabalhista, determinando o direito à proteção contra o desemprego (ONU, 1948).

4.4 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

4.4.1 A (in) constitucionalidade formal

A Corte Máxima, consoante dito, com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI-MC 1480, entendeu que o dispositivo constitucional que protege o trabalhador contra despedida arbitrária ou sem justa causa, postulado no art. 7º, inciso I, não é autoaplicável por carecer de edição legislativa por meio de lei complementar.

O direito ao trabalho está postulado no art. 6, integrando o título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, da CF/88. Assim, o tratamento da proteção da relação de trabalho, consoante discutido no Capítulo 2 deste trabalho, é de direito fundamental, portanto possui eficácia imediata porque assim definiu o art. 5º, § 1º da Constituição Federal: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

A classificação da eficácia das normas constitucionais, empreendida por José Afonso da Silva (2010, p.180), estabelece três hipóteses: a) normas de eficácia plena, dotadas de normatividade suficiente para atuar, independentemente de integração

legislativa, dotadas, portanto, de aplicabilidade direta, imediata e integral; b) normas de eficácia contida, que não necessitam de integração legislativa, mas a Constituição autoriza edição de lei integrativa, são, portanto, dotadas de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral; e, c) normas de eficácia limitada ou reduzida, que dependem de intervenção legislativa, logo são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida. Destarte, só são de aplicabilidade imediata as normas de eficácia plena ou as normas de eficácia contida. Nesse bojo, a norma constitucional que postula a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, sendo de aplicabilidade imediata, ou será norma de eficácia plena ou contida. Não será, portanto, de eficácia plena porque o próprio dispositivo ressalva “nos termos da lei complementar”.

Desse modo, é de se assegurar que o inciso I do art. 7º da Constituição Federal é uma norma de eficácia contida, que possui aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, ou seja, possui sua eficácia plena enquanto não advier edição de lei integrativa, o que desmorona a tese do Supremo de não reconhecimento da autoaplicabilidade da norma protetora do trabalhador contra despedida arbitrária ou sem justa causa.

Foi esse o entendimento que teve o próprio STF ao decidir pela aplicabilidade imediata de norma de eficácia contida determinada no art. 7º, XXI, do Diploma Constitucional – norma de direito fundamental – com o julgamento do Mandado de Injunção 695, entendendo pela procedência do aviso prévio proporcional com no mínimo de 30 dias e declarando mora do Congresso Nacional, já que a omissão legislativa ainda não teria sido suprida. Reza o dispositivo constitucional que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”. A seguir ementa do MI 695:

EMENTA: Mandado de injunção: ausência de regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI, da Constituição da República. Mora legislativa: critério objetivo de sua verificação: procedência, para declarar a mora e comunicar a decisão ao Congresso Nacional para que a supra. **MI 695 / MA – MARANHÃO. MANDADO DE INJUNÇÃO.**
Relator(a): Min. **SEPÚLVEDA** **PERTENCE.**
Julgamento: 01/03/2007 **Órgão Julgador:** Tribunal Pleno.
Publicação: 20/04/2007

A consequência desse MI foi a edição da lei 12.506/2011, pelo Congresso Nacional, que regulamentou em seus pormenores o que já postulava a Constituição de forma geral. O texto legal determinou que será concedido aviso prévio na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que somem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa, sendo acrescidos 3 dias por ano de serviço, podendo, o aviso prévio, alcançar 90 (noventa) dias (Lei 12.506/2011).

Caso análogo ocorreu com o direito de greve assegurado constitucionalmente no art. 37, inciso VII, da CF/88 com o julgamento dos MI 670, 708 e 712. Ao aplicar a Lei n. 7.783/89, lei de greve no serviço privado, aos servidores públicos civis naquilo que não for incompatível com os dispositivos da norma estatutária, estaria o Supremo reconhecendo a aplicabilidade imediata de um direito fundamental cabível a todos os trabalhadores, sejam eles estatutários ou não.

Do mesmo modo, a decisão do STF reconheceu a instituição do Código Tributário Nacional – CTN por meio da Lei Ordinária n. 5.172/1966, quando o art. 146, inciso III, da CF/88 determina que cabe à lei complementar “estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária”.

Nesse bojo, estaria o ordenamento brasileiro em dissonância quanto a suas próprias posições, quando, em determinado momento define-se pela autoaplicabilidade das normas de direito fundamental e, em outros, pela sua não autoaplicabilidade.

Há quem sustente que a autoaplicabilidade da norma que protege o trabalhador contra dispensa imotivada, consubstanciada no art. 7º, inciso I, é incompatível com o art. 10 da ADCT, que compensa a despedida arbitrária ou sem justa causa com o aumento do pagamento do FGTS de 10% para 40%, até que seja promulgada lei Complementar. Ora, não se poderia dar maior relevância a direitos contidos em ato de disposições transitórias do que aqueles contidos no rol dos direitos fundamentais. Ademais, se o argumento é de falta de lei complementar, restaria suprida tal omissão com a ratificação da Convenção n. 158, em 1995, se o judiciário brasileiro não tivesse posicionamentos distintos no aceite de normas específicas para os diversos casos ditados pelo legislador constituinte. Como já exemplificado, o CTN foi instituído por meio de lei ordinária quando a Constituição estipulava lei complementar.

Superado o debate formal da inconstitucionalidade da denúncia da Convenção nº 158 da OIT, o debate material é ainda mais acirrado.

4.4.2 A (in) constitucionalidade material

O Estatuto Constitucional incorporou princípios e fundamentos que se coadunam com tudo o que está postulado na normatização internacional. Aprioristicamente, apresenta como fundamento da República Federativa do Brasil (Art. 1º) a dignidade da pessoa humana. Ora, existência digna pressupõe direitos indisponíveis e essenciais à sobrevivência de todos aqueles que encontram-se na órbita do ordenamento constitucional brasileiro, quando deverão estar relacionados outros direitos essenciais, como habitação, saúde, educação, lazer, sustento familiar, dos quais o trabalho acaba sendo fato gerador

Ao postular os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o constituinte ordinário ponderou o equilíbrio entre a autonomia privada e o trabalho enquanto direito social, portanto indisponível. Ademais, elevar o direito ao trabalho ao patamar de direito fundamental é demonstrar sua relevância normativa no sistema constitucional, já que os direitos fundamentais são indisponíveis, não podendo ser relativizados.

No art. 170, que integra o capítulo sobre os preceitos econômicos, os limites da autonomia privada restaram ponderados quando preceituou que a ordem econômica será fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa. Destarte, depreende-se que a livre iniciativa não será absoluta, tendo, a ordem econômica, a finalidade de assegurar a existência digna a todos, observados os ditames da justiça social e os princípios, de um lado, da livre iniciativa, e de outro, do pleno emprego.

Ora, se a própria normatização da ordem econômica, que poderia ensejar uma interpretação mais liberal por se tratar de normas de mercado, manifesta a observância do pleno emprego, da dignidade e da justiça social, em grau de equilíbrio com a iniciativa privada, configura um contrassenso o posicionamento da doutrina e do judiciário defender a não incorporação de uma normatização internacional que coadune com esse postulado, restando defender a inconstitucionalidade da denúncia da citada normatização.

Segundo Sergio Torres Teixeira (1998, p.296), “há uma evidente demonstração de intervencionismo na seara da modalidade de rescisão contratual”, cujo motivo é, decerto, evitar a dispensa por motivo alheio às causas elencadas pela legislação.

Atualmente, o ordenamento brasileiro manifesta a proteção oferecida pelo legislador contra os arbítrios do empregador por meio do art. 10, inciso I, da ADCT, e está adstrito à sanção meramente pecuniária, ao impor ao empregador o aumento da multa de FGTS para 40%, o que não configura nenhum limite à autonomia de vontade daquele que emprega, pois basta que ele pague e restará exercida a vontade patronal, ressalvados os especiais casos de estabilidades e garantias assegurados atualmente e já discutidos anteriormente.

No entanto, segundo Sergio Teixeira (1998, p.315) essa interpretação não deve ser feita de forma isolada. O legislador constituinte materializou em todo o ordenamento “a vedação ao direito abusivo de despedir”, demonstrando uma outra interpretação da despedida imotivada sob o enfoque do abuso de direito. O Código Civil em seu art. 122 preleciona:

São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

O abuso na seara trabalhista, segundo o autor (TEIXEIRA, 1998, p.306-318), se traduz no desrespeito a um preceito assecuratório das formas de proteção à relação de emprego cuja consequência é, quando da dispensa abusiva, sua anulabilidade mediante provocação do Estado-juiz.

Se o abuso se caracteriza pelo impedimento do exercício de um direito em nome de outras normas que, concretamente o coíbem, é natural que a consequência jurídica ordinária seja a negação dos efeitos do ato abusivo, no caso da rescisão, a manutenção do contrato (JALUZOT, 2001 *apud* WANDELLI, 2004, p.352).

Quando a Constituição Cidadão positivou o princípio da isonomia, impôs a todos o dever de não discriminação. Isso foi, posteriormente, manifestado expressamente na legislação infraconstitucional com a Lei 9.029/95, cujo intuito é coibir condutas discriminatórias dispensadas pelo empregador. Essa norma infraconstitucional traduz-se numa norma trabalhista que integra medida proibitiva de dispensa abusiva.

Mas o ordenamento, para expressar as medidas protetivas do trabalhador não necessariamente o faz por meio de disciplina legal. Para configurar um abuso de direito, não necessariamente restará desrespeitado um diploma legal. Os princípios referendados em nossa Constituição Cidadã, quando desrespeitados, também configurarão um abuso de direito, afirma Teixeira (1998, p.317).

Ao serem elencados de forma expressa no texto constitucional, os princípios em tela se transformaram em verdadeiras normas positivas, preceitos constitucionais cuja inobservância naturalmente leva à ineficácia do ato transgressor [...]. Ainda que de forma tímida, passou a ser visualizada pelos operadores do Direito do Trabalho uma nova forma pela qual o legislador exerce um controle abstrato sobre a prática da dispensa, disciplinando esta no sentido de vedar a sua efetivação em violação aos citados princípios constitucionais.

Embora o cerco pareça estar fechado para a possibilidade de admissão de dispensas arbitrárias ou sem justa causa – primeiro pela existência de uma ordem constitucional protetiva, segundo por uma normatização internacional, lamentavelmente inadmitida pelo judiciário brasileiro como regulamentação requerida pelo dispositivo constitucional para a despedida arbitrária ou sem justa causa, terceiro pela existência de preceitos legais determinados pelo abuso de direito -, continua se admitindo no sistema pátrio o direito potestativo absoluto do empregador de despedir, ao seu bel prazer e conveniência, dando um tratamento ao trabalhador de verdadeira mercadoria de troca.

4.4.3 A materialização da proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa

A implementação do instituto da proteção do trabalhador contra despedida arbitrária ou sem justa causa não retira a autonomia privada do empregador em dispensar seus empregados.

Porém, impõe como limites ao exercício dessa autonomia a apresentação de um motivo. No entanto, são limites amplos. O empregador poderá se valer de motivo disciplinar, aqueles relacionados a capacidade ou comportamento; técnico, que tem interferência na eficiência da empresa; econômico, que depende de matéria

relacionada a conjuntura econômica; financeiro, que tem relação com as finanças da empresa; ou um dos motivos apresentados, como justa causa para a dispensa, no art. 482, da CLT, quais sejam ato de improbidade, incontinência de conduta, violação de segredo da empresa, mau comportamento, entre outros. Ou seja, o empregador tem um leque amplo para despedir seu empregado se este não estiver atendendo os anseios e as expectativas da empresa. Mas não poderia, ao seu bel prazer, despedi-lo imotivadamente, como se o empregado fosse uma mercadoria descartável.

A dispensa socialmente justificável, não aniquila o direito potestativo do empregador em exercer sua autonomia privada no que tange a despedida de seus empregados, apenas exige um motivo razoável, afirma Leonardo Wandelli (2004, p.331):

Elimina, pois, apenas o arbítrio puro e simples do empregador, apresentando à pessoa que trabalha, alguma justificativa objetiva e demonstrável ao seu 'descarte'. Dizer-se que isso é incompatível com a Constituição do Brasil é amesquinhar-se ao extremo todo o seu núcleo de princípios, objetivos e direitos fundamentais.

É visando evitar que o empregado seja tratado como mercadoria, que se propõe a imediata instituição da proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, pelos diversos motivos já explanados neste trabalho, sobretudo porque o direito ao trabalho é um direito fundamental, possuindo, portanto, eficácia imediata.

Nesse escorço, há que se considerar como materialização da proteção da relação de emprego, em caso de descumprimento da normatização constitucional, e até a normatização internacional ratificada pelo ordenamento, não obstante sua irregular denúncia, o instituto de reintegração, ou da indenização se a reintegração não for aconselhável. Desse modo, aplicar-se-ia, por analogia o entendimento do TST para as dispensas discriminatórias, consoante Súmula 443, cuja consequência da dispensa a empregados portadores de doença grave que suscite preconceito, é invalidação do ato, tendo o empregado direito a reintegração.

Assim, por que não reconhecer que o trabalhador dispensado imotivadamente, submetido ao arbítrio do empregador, seria sujeito de discriminação, ainda que não apresentasse nenhuma causa aparente? Por que não reconhecer que a hipossuficiência desse trabalhador face ao empregador seja causa de estigma?

Não obstante a inadmissão da normatividade estrangeira como regulamentação do art. 7º, I, da CF/88, pela Suprema Corte, e mesmo a compreendendo sob essa ótica, e não autonomamente, a norma internacional tendo sido ratificada, poderia ser invocada para fins de reintegração e indenização, já que não há inconstitucionalidade em sua edição, estando em plena consonância com as demais normas já vigentes (WANDELLI, 2004, p.331).

Admitida a recepção definitiva do instituto da proteção da relação de emprego contra dispensas imotivadas, cuja consequência seria a reintegração, haveria de se considerar o exaurimento da normatização prevista no inciso I, art. 10 do ADCT, que dispõe:

Art. 10. Até que seja promulgada a 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 nº 5.107, de 13 de setembro de 1966](#);

Desse modo, retomar-se-ia a aplicabilidade da Lei do FGTS (Lei 8.036/1990, que substituiu a Lei 5.107/66), não mais se aplicando seu aumento para quatro vezes.

Ademais, há que se destacar que tal proteção estaria adstrita às relações de emprego, e não de trabalho em sentido lato, porque assim postulou o art. 7º, I, CF/88: “**relação de emprego** protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa [...]”. Logo, todos os empregados, desde que numa relação de emprego, incluindo os domésticos, estariam protegidos pelo instituto.

O que está aqui proposto seria o ideal. Seria o que consubstanciou a Constituição Cidadão com todo seu postulado principiológico em prol do trabalhador, do hipossuficiente. Seria o que postulou a Carta de Direitos quando alçou o direito ao trabalho ao patamar de direito fundamental. No entanto, embora tutelado pela Constituição Cidadão, a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa não tem eficácia porque o judiciário brasileiro assim se posicionou diferente do legislador constituinte. Um posicionamento que deixa de referendar todo o aparato constitucional já explanado neste trabalho, materializando a inobservância do direito ao trabalho como um direito fundamental e a proteção do trabalhador enquanto hipossuficiente da relação empregatícia.

5 CONCLUSÃO

O processo de evolução histórica do Direito do Trabalho demonstra que está subjacente às relações trabalhistas todo um aparato influenciador, em que relações sociais, o sistema econômico e os elementos normativos possuem sobremaneira influência na determinação da normatização trabalhista.

O trabalho perpassou, na antiguidade, por características eminentemente mercantis, vivenciou o período da escravatura, apresentou características peculiares na Idade Média, mas a formação do direito do trabalho propriamente dito teve como marco a Revolução Industrial. Foi a revolução das máquinas, em substituição a mão de obra humana, e o surgimento de um setor produtivo concorrente, com escassez de empregos e relações de trabalho desumanas, que fez surgir a demanda por uma normatização para as relações entre o patrão e o obreiro.

Os diversos institutos que sucederam a Revolução Industrial vieram com o intuito de equilibrar os interesses antagônicos existentes na relação entre o trabalho e o capital, este representado pelo detentor dos meios de produção, pelo patrão.

Nesse contexto é que surge a ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT, instituída em 1919 com atribuições legislativas internacionais, cuja principal finalidade era assegurar a proteção da vida e saúde do trabalhador. A OIT tem poder de editar normas internacionais que podem ser ou não ratificada por seus países membros, do qual o Brasil faz parte. Tais normas são chamadas de convenções. As convenções entram em vigor nacionalmente, 12 meses após a ratificação pelos Estados-membros, tendo prazo de validade de 10 anos. Somente após esse lapso poderão ser denunciadas.

Esse contexto mundial delimitou a formação do Direito do Trabalho no Brasil, que se submeteu a um processo de constitucionalização. Embora as diversas constituições brasileiras tenham contribuído para a formatação atual da normatização das relações trabalhistas, foi a Constituição de 1988 – a conhecida Constituição Cidadã – que veio consubstanciar todo seu aparato principiológico, com a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana e da elevação do trabalho a status de direito fundamental, ao lado de educação, saúde, alimentação, moradia, lazer, entre outros de igual relevância.

Todo esse aparato surgiu com a finalidade de proteger o trabalhador. A relação dignidade humana e trabalho perpassa por uma via de mão dupla, ou seja, garantir o trabalho digno e promover a dignificação do homem.

É visando assegurar o equilíbrio da relação entre trabalho e dignidade que a CF/88 postulou em seu art. 7º o Princípio da Proteção, ao assegurar a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar – lei esta que até o momento não foi editada pelo legislativo. O aparato principiológico constitucional intentou assegurar a continuidade da relação de emprego, princípio subjacente à ordem constitucional.

Foi nesse contexto constitucional que o Brasil ratificou, em 1995, a Convenção nº 158 da OIT, cuja vigência iniciou um ano depois. A normatização internacional dispõe sobre a dispensa socialmente justificável, visando proteger o trabalhador contra despedida arbitrária ou sem justa causa. A citada Convenção ingressou no ordenamento brasileiro com status de norma constitucional, o que acabaria por suprir a omissão legislativa do art. 7º da CF/88. No entanto, não foi o que ocorreu.

Um ano após a entrada em vigor, em 20 de janeiro de 1996, contrariando o que preceitua a Constituição da OIT e o próprio dispositivo da Convenção, a mesma foi denunciada pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, tendo seus efeitos iniciados em 20 de novembro de 1997. Somente 10 anos após ser ratificada é que a convenção poderia ser denunciada. A denúncia também contrariou norma constitucional, já que os tratados e acordos internacionais que tenham reflexos gravosos à nação deveriam ser submetidos ao Congresso Nacional, o que não ocorreu. Por tais motivos, a denúncia da Convenção n. 158 é objeto da ADIn 1625, em apreciação no STF.

Há quem defenda a constitucionalidade da denúncia e, portanto, a inconstitucionalidade da recepção da Convenção n. 158 no ordenamento brasileiro como norma regulamentadora do art. 7º, I, da CF/88, sob o argumento de que tal normatividade ingressou no ordenamento como lei ordinária, e não lei complementar.

Foi esse o argumento do STF para julgar parcialmente procedente a ADIn 1480, refutando a autoaplicabilidade do dispositivo constitucional que prima pela proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa; ou ainda que inadmita sua autoaplicabilidade, refutar a recepção da Convenção como norma

regulamentadora do dispositivo constitucional que carece de lei complementar, sob o argumento legalista de reconhecimento do dispositivo internacional enquanto lei ordinária, portanto, inferior à lei complementar determinada pelo dispositivo constitucional.

Ora, isso vai de encontro a todo o ordenamento constitucional já posto. A CF/88 postula no art. 5º, §2º, que todos os tratados internacionais adotados no Brasil incluem-se nos rol dos direitos e garantias constitucionais. A Convenção contempla direitos fundamentais, que, quando referendados pelo Presidente da República e Congresso Nacional, são autoaplicáveis. Ademais, o direito ao trabalho está postulado no art. 6º da CF, integrando o rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, que, segundo art. 5º possui aplicação imediata.

Esse foi o posicionamento do Supremo ao decidir pela aplicabilidade imediata da normatização contida no art. 7º, XXI, da CF/88 – norma de direito fundamental, quando entendeu pela procedência do aviso prévio proporcional com mínimo de 30 dias enquanto a omissão legislativa não houvesse sido suprida. No mesmo sentido, a aplicação ao serviço público da lei de greve no serviço privado, reconhecendo o Supremo, a greve como um direito fundamental do trabalhador e, portanto, norma autoaplicável.

Ainda que não se considere sua autoaplicabilidade, não prospera o argumento da inconstitucionalidade formal, já que a Convenção ingressou no ordenamento como lei enquanto gênero, não necessariamente lei ordinária. Além disso, a ordem jurídica brasileira já reconheceu anteriormente a instituição de lei ordinária como norma regulamentadora de dispositivo constitucional que determinava regulamentação por lei complementar, como é o caso do Código Tributário Nacional, instituído através de lei ordinária, em regulamentação ao art. 146, III, da CF/88.

Afora os aspectos formais, os aspectos materiais demonstram que a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, consubstanciada na Convenção internacional, se amolda a todo postulado constitucional em vigor. Ora, a Constituição de 88 alçou o direito ao trabalho ao patamar de direito fundamental, cuja autoaplicabilidade normativa deverá ser priorizada em detrimento da aplicação do dispositivo transitório, art. 10 da ADCT, que limita a proteção da despedida arbitrária ou sem justa causa instituindo o aumento do FGTS de 10% para 40%;

contemplou no capítulo da ordem econômica que a mesma será fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, impondo limites da autonomia privada. Ademais, os fundamentos da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, postulados no art. 1º da Constituição Cidadã, asseveram o desejo do legislador constituinte em ratificar os resultados de uma luta em prol da dignidade do homem, do trabalhador.

Todos os fundamentos utilizados nesta pesquisa fazem comprovar que a normatização que protege o trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, consubstanciada no art. 7º, I, da CF/88, merece ter aplicação imediata, logo, o inverso, ou seja, a despedida arbitrária ou sem justa causa, é inconstitucional.

Ademais, a Convenção n. 158 da OIT, ratificada pelo Brasil, preleciona a dispensa socialmente justificável, coadunando com o todo o postulado constitucional, devendo, portanto, ser recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Sua denúncia é inconstitucional, seja formalmente, por contrariar lapso temporal mínimo postulado na Constituição da OIT e na própria Convenção, seja materialmente, por ir de encontro a todo o aparato substancial da ordem constitucional.

Por tais motivos é que se propõe a imediata aplicabilidade do instituto da proteção contra a despedida imotivada, com sua materialização por meio de indenização ou reintegração do trabalhador prejudicado pelo arbítrio do empregador. Esse é o posicionamento que se coaduna com o legislador constituinte, ao postular toda uma ordem constitucional protetiva, impulsionando o emprego e evitando que sua perda venha a prejudicar a existência digna do cidadão, pois assim determinou a ordem constitucional.

Essa ordem constitucional foi marcada por uma luta histórica. Luta que teve como palco a Guerra Mundial, a Revolução Industrial, o capitalismo. Refutar esse processo evolutivo representa um retrocesso que retoma antigos ditames do capitalismo, do coronelismo e do empresariado ditador das normas do sistema. Reconhecer a essência de tudo isso é, decerto, dificultoso, porque o essencial está sempre subjacente, é invisível aos olhos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renato Rua. O regime geral do trabalho contemporâneo sobre proteção da relação de emprego contra despedida individual sem justa causa – estudo comparado entre legislação brasileira e as legislações portuguesa, espanhola e francesa. **Revista LTr**. São Paulo: Editora LTr, ano 71, p. 337-345, mar. 2007.

ALMEIDA, Renato Rua. Proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região**. Belém: Tribunal Regional do Trabalho, v. 44, n. 87, p. 197-201, jul/dez. 2011.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Os princípios do Direito do Trabalho no mundo contemporâneo. **Revista Trabalhista**. Rio de Janeiro: Editora Forense, ano 04, v. XVI, p. 17-47, out/Nov/dez. 2005.

BARROS, Alice de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTR, 2012.

_____. _____. 5. ed. São Paulo: LTR, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do direito**. Publicado em: 11/2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito/2>> Acesso em: 05 dez 2013.

BASILE, César Reinaldo Offa. **A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho na interpretação e aplicação das normas trabalhistas**. 2009. Dissertação. (Curso de Mestrado). Faculdade de Direito da USP, Salvador.

BERNARDES, Hugo Gueiros. **Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1989, v.1.

BITTAR, Eduardo C.B. **Doutrinas e filosofias políticas**: contribuições para a história das ideias políticas. São Paulo: Atlas, 2002.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER. **História das Ideias Políticas**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. ampl. e atualiz. Salvador: Editora Juspodium, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTR, 2009.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTR, 2012.

_____. Princípios do Direito do Trabalho. **Revista LTR**. São Paulo: LTR Editora Ltda, Ano 59, n. 4, p. 472-482, abr. 1995.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 1. ed. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Os princípios do Direito do Trabalho no mundo contemporâneo. **Revista Trabalhista**. Rio de Janeiro: Editora Forense, ano 04, v. XVI, p. 17-47, out/Nov/dez. 2005.

GASPAR, Danilo Gonçalves. **A dispensa socialmente justificável no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Monografia. (Curso de Pós-Graduação em Direito) – Centro Preparatório para Carreira Jurídica. Juspodium, Salvador.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. I e II.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. v.I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUNES, Antonio José Avelãs. A crise do atual capitalismo. **Revista dos tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 101, v. 918, p. 186-222, Abr. 2012.

OIT (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO). **Convenção 158 da OIT**, 1982. Término da relação de trabalho por iniciativa do empregador. Disponível em: <<http://www.organizacaointernacionaldotrabalho.org.br>>. Acesso em: 23 mar. 2013.

OIT (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO). **Constituição da OIT**, 1948. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br>>. Acesso em: 15 out. 2013.

ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 02, Nov. 2013.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Questões Controvertidas de Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: RCJ Edições Jurídicas, 1999.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2007.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do Direito do Trabalho**. Tradução: Wagner D. Giglio. 3. Ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

SANTOS, Michel Carlos Rocha; GOMES, Isabella Monteiro. A importância dos princípios do Direito do Trabalho para a concretização do trabalho como direito social fundamental. **Revista LTR**. São Paulo: LTR Editora Ltda, Ano 76, v.10, p.1238-1246, out. 2012.

SANTOS, Reginaldo Souza. **A teoria das finanças públicas no contexto do capitalismo**: uma discussão com os filósofos economistas, de Smith a Keynes. São Paulo: Mandacaru; Salvador: Cetead, 2001

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010.

SILVA, Antônio Álvares da. **A Convenção 158 da OIT**. Belo Horizonte: Editora RTM Ltda, 1996.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. Os Princípios do Direito do Trabalho em face da globalização. **Presente e Futuro das Relações de Trabalho**. Georgenor de Sousa Franco Filho coordenador. São Paulo: LTR Editora Ltda.

SOARES FILHO, José. A convenção n. 158 da OIT e a questão relativa a constitucionalidade em face do direito interno brasileiro. **Revista LTR**. São Paulo: LTR Editora Ltda, ano 75, p. 1341-1350, nov. 2011.

SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. Os princípios do Direito do Trabalho e a Constituição de 1988. **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR Editora Ltda, ano VIII, n.8, p. 111-118, 2000.

TEIXEIRA, Sergio Torres. **Proteção à relação de emprego**. São Paulo: LTR, 1998.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. São Paulo: LTR, 2005.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida Abusiva**. O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade. São Paulo: LTR, 2004.