



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MAYARA OLIVEIRA ALMEIDA

**A MOROSIDADE DO PODER LEGISLATIVO E A VEDAÇÃO
A DISPENSA ARBITRÁRIA: UMA ANÁLISE DO ART. 7º, I,
DA CF/88 E A CONVENÇÃO 158 DA OIT.**

Salvador

2014

MAYARA OLIVEIRA ALMEIDA

**A MOROSIDADE DO PODER LEGISLATIVO E A VEDAÇÃO
A DISPENSA ARBITRÁRIA: UMA ANÁLISE DO ART. 7º, I,
DA CF/88 E A CONVENÇÃO 158 DA OIT.**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Danilo Gonçalves Gaspar

Salvador

2014

TERMO DE APROVAÇÃO

MAYARA OLIVEIRA ALMEIDA

**A MOROSIDADE DO PODER LEGISLATIVO E A VEDAÇÃO
A DISPENSA ARBITRÁRIA: UMA ANÁLISE DO ART. 7º, I,
DA CF/88 E A CONVENÇÃO 158 DA OIT.**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2014.

A

Minha amada mãe Nadja Almeida, pela confiança inabalável, ao meu querido pai Helio Almeida, pelo incentivo diário e ao meu irmão Guilherme, pelo amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus por ter permitido que essa jornada se tornasse possível, pela força e coragem renovada diariamente durante toda a caminhada. .

Ao professor Danilo Gonçalves Gaspar pelo apoio na elaboração deste trabalho.

Aos meus pais, irmão e namorado pelo amor, paciência, incentivo e apoio incondicional.

E a todos que direta ou indiretamente contribuíram para criação deste trabalho.

“Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, é a liberdade que escraviza, é a lei que liberta”.

Henri Dominique Lacordaire.

RESUMO

É cediço por todos que o emprego atualmente, diante do capitalismo experimentado pela sociedade moderna, figura como o principal meio de inserção social, servindo como instrumento principal de garantir a uma vida digna, uma vez que, em última análise, representa a sobrevivência do empregado e daqueles que dele dependem. No entanto, de maneira quase que paradoxal, a insegurança nas relações de emprego é fato corriqueiro, fazendo com que o fantasma do desemprego acometa grande parte da sociedade contemporânea. É nesse sentido que o presente trabalho tem como finalidade analisar a evolução jurídica do tema da extinção contratual, perpassando pela estabilidade decenal e posterior implantação do regime do FGTS, chegando-se até a Constituição Federal de 1988, onde o legislador constituinte fez expressa previsão de proteção às relações empregatícias, no entanto, condicionando à eficácia de tal dispositivo a existência de lei complementar, que até os dias atuais, em razão da morosidade do poder legislativo não fora editada, culminando assim, na tese da constitucionalização simbólica. Ocorre que apesar da inexistência de lei complementar, o ordenamento jurídico pátrio já contempla outros instrumentos hábeis a conferir ampla proteção a relação de emprego, servindo assim, como óbices ao que para muitos é considerado um direito potestativo do empregador, qual seja, o de pôr fim a relação empregatícia. Desta maneira, visa o presente estudo, combater a despedida sem justa causa ou arbitrária, invocando os mais diversos meios para tanto, seja através da Convenção 158 da OIT ou até mesmo se valendo de teorias de outros ramos do ordenamento jurídico, como a teoria do abuso do direito, importada do direito civil. Desta maneira, a finalidade precípua do presente trabalho é evidenciar que, não obstante exista sim um direito do empregador de pôr termo a relação de emprego, este não é arbitrário, ou seja, para gozar de validade deve estar sedimentado em causas objetivas, não podendo ficar ao deleite do empregador.

Palavras-chave: Extinção Contratual; Despedida Arbitrária ou sem Justa causa; Causas Objetivas; Proteção Constitucional, Convenção 158 da OIT; Constitucionalização Simbólica; Morosidade do poder Legislativo.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CC	Código Civil
CLT	Consolidação das Leis Trabalhista
CF/88	Constituição Federal da República
TST	Tribunal Superior do Trabalho
OIT	Organização Internacional do Trabalho
FHC	Fernando Henrique Cardoso

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DIREITO DO TRABALHO: UMA RESPOSTA Á EXPLORAÇÃO MACIÇA DA MÃO DE OBRA DO TRABALHADOR.	13
2.1 BREVE ANÁLISE DE SUA FORMAÇÃO E CRIAÇÃO	14
2.1.1 Formação do direito do trabalho na historia.	16
2.1.2 Constitucionalização do direito do trabalho no Brasil.	17
2.2 OBJETO DO DIREITO DO TRABALHO: CONCEITO DE EMPREGADO	20
3 O SISTEMA DE PROTEÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.	26
3.1 PRINCÍPIOS PROTETIVOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO	27
3.1.1 Princípio da proteção	29
3.1.2 Princípio da continuidade das relações de emprego	30
3.1.3 Princípio da norma mais favorável	34
3.2 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS E SUA APLICABILIDADE AO DIREITO DO TRABALHO.	36
3.2.1 Aplicação subsidiária no direito trabalhista	38
3.2.2 Necessidade de indenização em caso de rompimento injustificado	39
3.3 EVOLUÇÃO JURÍDICA DO SISTEMA DA EXTINÇÃO CONTRATUAL	43
3.3.1 Legislações Esparsas	44
3.3.2 Estabilidade Decenal	45
3.3.3 O Regime do FGTS e sua universalização	47
4 PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DA CONVENÇÃO 158 DA OIT.	50

4.1 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL: ART. 7, INCISO, I DA CF/88	50
4.1.1 A ineficácia do art. 7, I, da CF/88 e sua constitucionalização simbólica	55
4.1.2 A teoria do abuso do direito e a despedida arbitrária	59
4.2 CONVENÇÃO 158 DA OIT	62
4.2.1 Processo de ratificação	66
4.2.2 Inconstitucionalidade da denúncia oferecida por FHC	68
5 CONCLUSÃO	74
6 REFERÊNCIAS	77

1 INTRODUÇÃO

O surgimento do direito do trabalho está intimamente relacionado com a sociedade industrial, vez que foi durante esse período que aconteceu o maior número de violação a direitos básicos, foi durante a Revolução Industrial do séc. XVIII, o momento em que a sociedade clamou com mais fervor por uma proteção nas relações de emprego, sendo este o tema principal do segundo capítulo do presente estudo.

Durante esse período, a classe operária fora submetida a condições de trabalho degradante, a jornadas exorbitantes e salários inexpressivos. A realização dos serviços era feita sem qualquer regulamentação, os empregadores, ávidos por maiores lucros e menores custos, passou a explorar maciçamente os trabalhadores, que diante de tanta mazela, convocou o Estado a atuar nesta situação.

E assim, como marco principal da criação do direito do Trabalho, em 1943 durante o governo Vargas, editou-se a Consolidação das Leis Trabalhistas, com a responsabilidade de tutelar as relações de emprego, servindo como instrumento de equilíbrio entre partes, sabidamente diferentes.

Desta maneira, o direito do trabalho, fundamentalmente alicerçado na CLT, visa regular a relação de emprego, sendo estas consideradas aquelas desenvolvidas por pessoa física, de maneira pessoal, habitual, onerosa e subordinada.

Assim, após a constatação de que passados alguns anos desde a criação da Consolidação das Leis Trabalhistas, o tema da proteção às relações de emprego se revela ainda novo e atual, vez que diante da ordem econômica instaurada na sociedade contemporânea, o emprego se revela como principal instrumento de inserção social, foi necessário fazer um exame da importância da efetiva proteção às relações de emprego e como se porta o ordenamento jurídico diante de tal necessidade, foi o que se ansiou no capítulo terceiro.

Assim, evidenciou-se que no ordenamento jurídico pátrio encontra-se diversos fundamentos para tal defesa, a exemplo dos princípios justralhistas da proteção, da continuidade das relações de emprego e da norma mais favorável, vez que, todos

em última análise concorrem para o mesmo objetivo, qual seja, garantir a preservação das relações de emprego.

Ademais, é possível vislumbrar na natureza contratual das relações de emprego, efetiva proteção, vez que de acordo com a teoria geral civilista dos contratos, estes, somente devem ser rompidos diante de uma causa justificável, sob pena de indenização compensatória.

O fato é que, desde a criação da CLT em 1943, o instituto da extinção contratual sofreu severas alterações, a começar pela supressão da antiga estabilidade decenal, atribuída a aqueles trabalhadores que gozasse de 10 anos de serviços efetivo junto ao mesmo empregador, nestes casos, somente poderiam ser despedidos mediante prova judicial de justa causa

No entanto, em 1966 criou-se o regime do FGTS que consiste em depósitos mensais em conta do empregado vinculado a Caixa Econômica Federal, no valor de 8% do salário deste, para que no caso de ser dispensado imotivadamente possa sacar a soma do referido depósito acrescido de indenização no valor de 40% do FGTS.

Ocorre que a universalização do FGTS e conseqüente extinção da estabilidade decenal, com a Constituição Federal de 1988, flexibilizou o instituto da extinção contratual, tornando as relações de emprego relações extremamente frágeis, vez que permitiu o seu fim sem qualquer motivação, exigindo para tanto, somente uma ínfima indenização.

Neste diapasão, passa-se ao capítulo quarto do presente estudo, capítulo destinado a apreciar a tentativa (in)verídica do legislador constituinte de 1988, de tutelar as relações de emprego, que no art. 7, inciso I previu a vedação a dispensa arbitrária ou sem justa causa, sob pena de indenização compensatória, condicionando, no entanto, tal dispositivo a edição de lei complementar.

Ora, quis dessa maneira, o legislador constituinte estipular que, fora os casos de garantia no emprego, os demais empregados somente poderiam ser dispensados na presença de uma justa causa ou diante de um motivo que não torne a dispensa arbitrária, ou seja, impondo assim, a necessidade de critérios objetivos para tanto.

No entanto, o legislador constituinte atribuiu a eficácia deste dispositivo à existência de lei complementar que em razão da inércia do poder legiferante, jamais fora editada, o que leva-se a crer que o referido legislador lançou mão da técnica da constitucionalização simbólica, ou seja, este jamais teve a verdadeira intenção de tutelar as relações de emprego, prevendo tal dispositivo somente para demonstrar a sua capacidade de ação, vez que condicionou a eficácia da proteção a compromissos futuros e dilatatórios.

Ocorre que, diante da magnitude e importância das relações de emprego, não pode a sua proteção quedar-se ineficaz em razão de inexistência de lei complementar, mesmo que nenhum dos já supracitados instrumentos se revelasse como meio idôneo a conferir a proteção às relações de emprego, não se pode perder de vista, a Convenção 158 da OIT.

E é nesse sentido que, ainda no capítulo quatro, discorre-se a respeito da força da Convenção 158 da OIT para suprir a exigência de lei complementar na qualidade de diploma internacional que versa sobre direitos humanos, ratificado pelo Estado Brasileiro por quórum de maioria simples, e, portanto, com status de lei supralegal.

Ressaltando ainda, que de maneira duvidosa, esta fora denunciada pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, levantando aqui o debate a respeito da necessidade de chance do Congresso Nacional nos atos de denúncia de tratados internacionais.

Em apertada síntese, eis o conteúdo do deste trabalho.

2 DIREITO DO TRABALHO: UMA RESPOSTA A EXPLORAÇÃO MACIÇA DA MÃO DE OBRA OPERÁRIA.

O direito do trabalho, em tempos hodiernos, é o ramo jurídico especializado do direito, o qual tem como função basilar regular as relações laborais, reconhecendo a condição de hipossuficiente do empregado, elaborando assim, diretrizes para a dita relação empregatícia.

Ocorre que nem sempre fora essa a realidade vivenciada pela classe operária, é sabido que na sociedade pré industrial não se concebia ainda a ideia do direito do trabalho, sendo este, fruto de um longo desenvolvimento no tempo.

Durante muito tempo, o ser humano fez uso de sua força de trabalho sem que sobre ela recaísse qualquer regulamentação. A sociedade não conhecia a noção de direito, sequer de direito do trabalho, criando assim, terreno fértil para exploração maciça da mão de obra operária.

Frise-se que durante a vigência do Estado Liberal, fortemente influenciado pelos ditames de uma classe burguesa, foi o momento histórico no qual vivenciou-se a intensificação da exploração da mão de obra operária, tendo em vista a imposição de jornadas de trabalhos excessivas em troca de salários irrisórios sob condições degradantes.

Note-se que este é um momento histórico no qual se privilegia a autonomia da vontade, onde esta, não sofria qualquer restrição estatal, sob o argumento maior de que ninguém possui melhores condições de dizer o que é bom ou ruim para si, senão os próprios indivíduos diretamente interessados, conforme Alice Monteiro de Barros¹ “ O Estado se portava como simples observador dos acontecimentos e, por isso, transformou-se em um instrumento de opressão contra os menos favorecidos.”

Desta maneira, tendo em vista que nenhuma sociedade se mantém sob o domínio de instituições que não mais se justifiquem, o Estado fora chamado a intervir nessa situação, com a finalidade precípua de extirpar, ou se isso não fosse possível, de ao menos atenuar a disparidade existente entre a figura do trabalhador e de seu patrão. Note-se que este é o momento que marca a passagem do Estado liberal ao Estado

¹ BARROS, Alice Monteiro, Curso de Direito do Trabalho, 8. ed, São Paulo, LTr, 2012, p. 53

Social, no qual, começam a surgir algumas legislações esparsas regulando o direito do trabalho, que mais tarde culminariam na formação da Consolidação das Leis Trabalhistas.

É nesses termos que inicia-se a criação do direito do trabalho, como uma espécie de resposta estatal ao clamor social por melhores condições de trabalho. No entanto, nem sempre foi assim, vale aqui, lembrar os momentos históricos que culminaram na revolta popular e posterior criação do direito jus trabalhista.

2.1 BREVE ANÁLISE DA FORMAÇÃO E CRIAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

Na escravidão, o trabalho era forçado, o sujeito reduzido à coisa, não se falava em direitos, muito menos em direito do trabalho, existia na verdade uma sujeição do escravo ao seu senhor, onde este regulava a vida daquele em sua totalidade, em todas as esferas, não somente naquilo que dizia respeito ao trabalho.

Na idade média encontra-se a figura do servo, já alçado a condição de sujeitos de direitos, vez que diferentemente dos escravos, não eram propriedade de ninguém, e por isso, não podiam ser vendidos. No entanto, o trabalho ainda era forçado na medida em que a relação entre eles e o senhor feudal baseava-se na utilização de terras, em que o servo deveria torná-las produtivas em troca de proteção.

Após a servidão, chega-se as corporações de ofício, que nada mais eram que agrupamentos de trabalhadores em uma relação hierarquizada, na qual se tinha a figura do aprendiz, do companheiro e do mestre. Aqui, o mestre era verdadeiramente o proprietário das ditas corporações, e por isso, todos os interesses tutelados e reclamados eram em função dele

A sociedade experimentou a partir daí um processo de transição entre a Idade Média e a Idade Moderna, na qual os mais diversos motivos fomentaram a extinção das antigas corporações de ofício e promoveram a implantação do trabalho livre, nesse sentido Alice Monteiro de Barros² elenca quais teriam sido as razões primordiais para tanto.

Os abusos praticados pelos mestres nas corporações de ofício, geradores de greves e revoltas dos companheiros, principalmente em face da

² BARROS, Alice Monteiro, Curso de Direito do Trabalho, 8. ed, São Paulo, LTr, 2012, p. 49

tendência oligárquica de transformar o ofício em um bem de família, associada a incapacidade de adaptação do trabalho ali desenvolvido as novas exigências socioeconômicas, dada a tendência monopolizadora e o apego as formas superadas de produção.

Portanto, ao adentrarmos na sociedade industrial que tem como marco a revolução industrial no séc. XVIII encontra-se terreno fértil para o desenvolvimento do direito do trabalho, na medida em que com o advento da máquina a vapor, a produção deixa de ser em pequena escala passando a exigir dos empregados, através de uma exploração maciça, a produção em larga escala. Assim, as indústrias começaram a se desenvolver nas cidades, propiciando o êxodo rural e, portanto a concentração de empregados em um mesmo pólo, os quais passaram a ser alvo do trabalho degradante.

A partir daí criou-se um cenário no qual a burguesia industrial, ávida por maiores lucros, menores custos e produção acelerada, passou a explorar profundamente a classe operaria, principalmente o trabalho das mulheres e das crianças, haja vista o seu baixo custo e sua ausência da preparação para reivindicar.

O trabalho era exercido sem qualquer regulamentação, os trabalhadores submetidos a jornadas exorbitantes, salários ínfimos, não lhe eram garantido qualquer benefício, as condições de higiene degradantes, o que por obvio, passou a incutir nos trabalhadores a consciência de classe, despertando nestes um sentimento de revolta, uma necessidade inexorável de regulamentação da relação laboral.

Note-se que muito embora tenhamos alcançado a idéia do trabalho livre, na medida em que este não era mais considerado forçado, essa tal liberdade, na verdade, encontra-se mitigada vez que desde essa época o ser humano já precisava do trabalho para garantir a sua sobrevivência, ou trabalhava ou morria de fome sendo, portanto, por vias oblíquas, uma necessidade imperial, ao qual os sujeitos foram levados a empregar a força de trabalho em troca de um valor que garantiria a subsistência dele e de sua família, surgindo assim, a figura do trabalhador assalariado.

Nesse sentido, ensina Dalmo de Abreu Dallari³

Uma outra consequência grave que dele derivou foi a formação do proletariado. Ocorrendo a formação de grandes aglomerados urbanos,

³ DALLARI, Dalmo de Abreu, Elementos de Teoria Geral do Estado, São Paulo, Saraiva, 2007, p.281

como decorrência direta da revolução industrial, havia excessos de oferta de mão-de-obra, o que estimulava a manutenção de péssimas condições de trabalho, com ínfima remuneração.

Vários foram os momentos históricos que contribuíram para a intervenção estatal na relação empregatícia e por consequência do surgimento do direito do trabalho, a exemplo das grandes guerras mundiais vez que durante esse período a situação dos operários se agravou ainda mais, clamando desta maneira, por uma atitude do Estado.

Note-se que conforme, mais uma vez, Dalmo de Abreu Dallari⁴, a II Guerra Mundial, promoveu uma absoluta intervenção estatal, não havendo mais, naquele momento, qualquer campo da vida dos sujeitos interdita á intervenção estatal, vez que este, fora chamado a regular os recursos sociais, os meios de produção, garantir as emergências de guerra e etc.

2.1.1 Formação do direito do trabalho no mundo

A partir do momento em que o Estado passou a intervir nas relações individuais, dentre elas, na relação de trabalho, o Direito do Trabalho surge com a finalidade de garantir o equilíbrio entres as partes desta relação e assim, foram surgindo legislações esparsas regulando questões trabalhistas.

Conforme Luciano Martinez⁵, a historia do direito do trabalho estaria divida em quatro fases, a primeira delas seria a de formação, no inicio do século XIX, onde as relações de trabalho foram ganhando certas proteções e regulamentações, a exemplo da lei Moral and Health Act (1802), que basicamente proibiu o trabalho noturno da criança e limitou a jornada de todos os trabalhadores a 12 horas diárias.

Ainda de acordo com Luciano Martinez⁶, a partir de 1848 o direito do trabalho, com a promulgação do manifesto comunista, adentra na fase da efervescência, fase esta marcada pelo desenvolvimento do espírito sindical.

Segundo o referido Autor⁷, o direito do trabalho passou ainda pela fase da consolidação em 1891, com a edição da Encíclica Rerum Novarum, alcançando a

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu, Elementos de Teoria Geral do Estado, São Paulo, Saraiva, 2007, p.283

⁵ MARTINEZ, Luciano, Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho, 4 ed, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 58

⁶ *Ibidem*, loc.cit

⁷ *Ibidem*, p. 59

quarta e última fase que seria a do aperfeiçoamento que teve início com a celebração do tratado de Versailes, passando aí pela criação da Organização Internacional do Trabalho.

Já no Brasil, a doutrina majoritária costuma afirmar que a força é inversa, ou seja, não partiu claramente dos operários, antes mesmo de que estes fizessem grandes revoluções, o Estado, como uma forma de frear a revolta dos trabalhadores lhe garantiu o direito do trabalho, através da Consolidação das Leis Trabalhistas em 1943 durante o governo Vargas, não sendo nada mais que a compilação de leis esparsas.

Entende-se que no Brasil se deu deste modo porque a sua evolução foi tardia, ou seja, muito depois de o mundo como um todo vivenciar as primeiras experiências que culminaram na criação do direito do trabalho, desta maneira, o governo brasileiro, já sabia a onde as revoltas dos trabalhadores iriam chegar, e, portanto, se antecipou a elas.

Logo, a outorga dos direitos trabalhistas no Brasil se deu em tempo recorde quando comparado aos séculos que fora levado para a sua construção ao redor do mundo.

De acordo com Alice Monteiro Barros⁸, durante os anos de 1500 até 1888, o quadro legislativo registrou algumas leis regulando a matéria trabalhista, a exemplo do Código Comercial, que tratava do aviso prévio. Nos anos seguintes, de 1888 até 1930, tivemos leis sobre sindicalização, acidente de trabalho, estabilidade, inclusive, houve nesse período a criação do Ministério do Trabalho, maior marco do surgimento do direito do trabalho, até que em 1943, conforme narrado alhures, houve a criação da Consolidação das Leis Trabalhistas.

2.1.2 Constitucionalização do direito do trabalho no Brasil.

No Brasil, o direito do Trabalho já passou a ser matéria constitucional a partir de sua primeira Constituição, qual seja, a do Império, de 1824, que em seu art. 179 passou a assegurar a liberdade de trabalho e a partir daí foi seguida pelas demais Constituições Federais, que não deixaram de tratar de matéria trabalhista.

⁸ BARROS, Alice Monteiro, Curso de Direito do Trabalho, 8. ed, São Paulo, LTr, 2012, p. 55

A Constituição Federal de 1891, conforme Alice Monteiro de Barros⁹ tratou de matéria trabalhista em seu art. 72, garantindo a todos a liberdade de associação, enquanto que a Constituição da República de 1934 logrou êxito em regulamentar a relação de trabalho em seus mais diversos aspectos, a exemplo de seu art. 121, § 1º, que tratou do salário mínimo, da jornada limitada a oito horas por dia, das férias anuais remuneradas, que desde já passou a assegurar indenização ao trabalhador despedido sem justa causa, bem como a garantir o descanso semanal preferencialmente aos domingos e tantos outros direitos.

Já a Constituição Federal de 1937, ainda segundo Alice Monteiro de Barros¹⁰, se caracteriza por ser a carta a alçar o trabalho à condição de dever social, devendo ser garantido pelo Estado e assegurando a todos o direito de viver de seu trabalho, conforme redação de seu art. 136. Ademais, essa mesma carta constitucional reforçou os ditames previstos na Constituição anterior, referente a salário, jornada de trabalho, proibição do menor de 14 anos, descanso semanal preferencialmente ao domingos, agregando a este o repouso também nos feriados civis e religiosos, dentre outros.

Ainda na carta de 1937, mister ressaltar que embora figurasse como um avanço em questões trabalhistas, na medida em que regulamentava a relação de emprego em vários véis, esta fora a carta responsável por considerar a greve um recurso anti-social, prejudiciais ao capital e ao trabalho e incompatível com os interesses da sociedade.

Por fim, ainda conforme a mesma Autora¹¹, a Carta Magna de 1946 retoma as diretrizes democráticas da Constituição Federal de 1934, atribuindo remuneração ao descanso semanal, instituindo participação nos lucros aos trabalhadores e etc. Já a Constituição Federal de 1967, ficou marcada por introduzir no ordenamento jurídico o regime do FGTS, neste momento, facultativo, bem como em dar continuidade aos ditames previstos nas cartas antecedentes.

Já a atual Constituição Federal de 1998, é notadamente marcada pelo seu caráter democrático e por possuir, em relação à matéria trabalhista o maior e mais

⁹ BARROS, Alice Monteiro, Curso de Direito do Trabalho, São Paulo, LTr, 2012, p. 56

¹⁰ Ibidem p. 58

¹¹ Ibidem, loc.cit.

importante rol de direitos que o Brasil já vivenciou, na medida em que consagra os previamente estabelecidos, ampliando-os quando necessário e criando tantos outros.

O trabalho passa a ter status de fundamento da república brasileira, vez que logo em seu Título I, que trata dos princípios fundamentais, encontra-se no art. 1º, IV a menção aos valores sociais do trabalho.

Em seu Capítulo II, do Título II, que trata dos direitos sociais, a carta de 1988 introduziu seus principais preceitos de natureza trabalhista, em um claro destaque ao princípio da igualdade, conferindo tratamento isonômico ao trabalhador urbano e rural, combatendo a discriminação de gênero do ambiente de trabalho e até mesmo, recentemente, conferindo aos empregados domésticos direitos típicos dos trabalhadores urbanos e rurais.

É nesta carta magna também que se passou a assegurar para a mulher grávida estabilidade no emprego que vai até o quinto mês após o parto da criança no art. 10, II, b, do ADCT, regulou também a licença paternidade em seu art. 7, XIX, estendeu o regime do FGTS a todos os trabalhadores no art. 7, III. Ganhou destaque também na medida em que retirou do Estado o controle sobre a estrutura sindical, iniciando um momento de incentivo aos movimentos sindicais, conforme preceitua o seu art. 8.

Há de chamar atenção ainda que fora a Constituição Federal de 1988 que em seu art. 7, inciso I, instaurou a vedação a dispensa arbitrária ao dizer que é direito de todo trabalhador relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, sob pena de indenização, no entanto, condicionou a sua eficácia a existência de lei complementar, passando assim, a dar margens a discussões a respeito da eficácia do presente dispositivo, tema principal do presente estudo.

Nas palavras de Mauricio Delgado Godinho¹²:

Na temática da extinção do contrato de emprego, a Carta de 1988 caracterizou-se, contudo, por certa perplexidade, não firmando conduta definitiva sobre o tema. Estendeu o FGTS, como visto, a todo empregado (Art.7, III, CF/88), ampliando o acréscimo rescisório (Art. 10, I, CF/88: fala-se em “multa fundiária”) e minorando, desse modo, os efeitos negativos da dispensa para o empregado. Mas em contrapartida, extinguiu a velha indenização celetista (Art. 7,I, CF/88; art. 477, caput, CLT) remetendo a legislação complementar a fixação de indenização compensatória.

¹² DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho, São Paulo: LTR, 2009, p. 119

Deste modo, operou-se mudança significativa no tema da extinção contratual do trabalho, que, no entanto, será tratado mais detalhadamente em tópico posterior.

Frise que todos os direitos ali previstos passam a representar um patamar mínimo a ser seguido e prestigiado nas relações de trabalho, não podendo, a legislação infraconstitucional suprimi-los.

Desta maneira, o direito do trabalho uma vez consolidado no ordenamento jurídico pátrio assume uma gama de características, que lhe garantiram autonomia e identidade própria.

Dentre elas, destaca-se, de maneira meramente exemplificativa, o caráter tuitivo que significa dizer que o direito do trabalho é fruto de uma consciência coletiva de classes. Não há como negar também o seu caráter intervencionista, na medida em que limita a autonomia privada do empregado e empregador, retirando dos particulares a possibilidade de tratar de forma livre e autônoma as suas relações. É também um direito com caráter cosmopolita, vez que extrapola os limites geográficos da legislação pátria, buscando melhores condições de trabalho, se revelando, portanto, um direito essencialmente protetor.

2.2 OBJETO DO DIREITO DO TRABALHO: A RELAÇÃO DE EMPREGO

Diante em mão, cabe, em princípio, chamar a atenção para o fato de que trabalho e emprego não são sinônimos e que somente as relações empregatícias foram objeto de proteção constitucional contra a despedida arbitrária e sem justa causa. Logo trabalho e emprego, representam relações absolutamente diferentes, na qual uma é gênero outra é espécie, respectivamente, sendo importante, diferenciá-las para se entender o que o legislador constituinte quis proteger.

Ao buscar o sentido da palavra trabalho nos documentos históricos, sempre encontra-se o trabalho associado a uma noção de esforço, fadiga e dor. Segundo estudiosos, a palavra trabalho teria origem na palavra *tripaliare*, que em latim se referia ao processo de marcar animas com um instrumento chamado *tripalium*, ou seja, um objeto que causava dor e sofrimento.

Somente após o desenvolvimento e consolidação do sistema capitalista de produção é que a expressão trabalho passa a ganhar noção de dignidade, de possuir o condão de tornar um trabalhador em um cidadão.

O fato é que hoje em dia, é sabido que o trabalho está associado a um dispêndio de energia objetivando um resultado útil, contemplando, desta maneira, qualquer fazer humano, enquanto que o emprego para que esteja caracterizado, além desse fazer humano, requer a necessidade da presença de certos elementos.

Desta maneira, resta-se claro que o trabalho é gênero do qual o emprego é espécie, nessa medida, o emprego será sempre uma forma de trabalho, enquanto que nem todo trabalho poderá ser considerado emprego.

Assim sendo, frisa-se que a criação do direito do trabalho fora fomentada a partir do momento em que uma espécie de trabalhador, identificada como empregado começou a reclamar proteção estatal.

Logo, o objeto do direito material do trabalho, é indubitavelmente as relações empregatícias, na medida em que as outras formas de trabalho, muito embora possam reclamar suas lides na justiça do trabalho, em face da EC 45/04 , não sofrerão a incidência do direito material do trabalho, vez que este fora criado tendo como destinatário o empregado, ou seja, para aquele trabalhador que em face de inúmeros requisitos faz destacar o elemento da hipossuficiência.

Desta maneira, mister ressaltar aqui, ainda que brevemente, quais são esses elementos caracterizadores da relação empregatícia.

Segundo Mauricio Delgado Godinho¹³,

Os elementos fáticos-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; c) também efetuada com não eventualidade; d) efetuada ainda sob subordinação ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade.

Frise que esses elementos são extraídos da Consolidação das Leis Trabalhistas, mais precisamente em seus artigos 3º, caput e 2º, caput, possuindo, portanto embasamento legal.

¹³ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho, São Paulo: LTR, 2009, p. 269.

Assim sendo, a figura do empregado, deve impreterivelmente ser de uma pessoa física, ou seja, no pólo passivo da relação empregatícia, jamais poderá existir uma pessoa jurídica, na medida em que o serviço deve ser realizado inexoravelmente por um ser humano, sob pena de descaracterização da relação de emprego, veja que, em relação a figura do empregador essa restrição não prospera, podendo este assumir a posição tanto de pessoa física como de pessoa jurídica.

Já no tocante ao elemento da pessoalidade, Luciano Martinez¹⁴ ensina que “a contratação de um empregado leva em consideração todas as suas qualidades e aptidões pessoais.” E por isso, deve ser prestado por esta pessoa, revelando seu caráter intransmissível na medida em que não pode o empregado se fazer substituir por outro, salvo nas hipóteses legais ou convencionais, a exemplo da necessidade de férias, licença maternidade e etc, sob pena de desconfiguração da relação empregatícia.

Há ainda o elemento da onerosidade, vez que o trabalhador objetiva contraprestação ao executar suas atividades, note-se que não é somente com o recebimento efetivo de contraprestação que tal elemento encontra-se preenchido, na verdade, esse representa o plano objetivo da onerosidade que uma vez presente não deixa dúvida da existência da relação de emprego.

No entanto, a ausência de recebimento efetivo de contraprestação, não possui o condão de desnaturar a relação empregatícia, vez que a partir daí passa-se a análise do plano subjetivo de tal elemento, ou seja, verifica-se se existia uma intenção do trabalhador em receber a contraprestação, em caso positivo, a ausência desta contraprestação representa tão somente inadimplemento salarial por parte da empresa.

O trabalho não eventual é aquele habitual, ou seja, que possui uma freqüência, uma regularidade, periodicidade, segundo Luciano Martinez¹⁵ “a eventualidade baseia-se numa idéia de imprevisibilidade de repetição.”

¹⁴ MARTINEZ, Luciano, Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho, 4 ed, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 144

¹⁵ *Ibidem*, p. 145

O fato é que a doutrina trabalhista não encontra-se consolidada no momento de definir essa tal eventualidade, e por isso surgem diversas correntes doutrinárias nesse sentido.

A teoria da descontinuidade afirma que trabalho não eventual seria a mesma coisa de trabalho contínuo, e este, por sua vez, segundo corrente majoritária seria aquele que fosse realizado, no mínimo, quatro vezes por semana. Note-se que essa teoria é perfeitamente aplicável ao trabalho doméstico, vez que em sua legislação própria, ou seja, na Lei. 5859/72, consta da expressão continuidade.

Segundo Mauricio Godinho¹⁶ tem-se compreendido que a teoria da descontinuidade foi enfaticamente rejeitada pela CLT sendo esta a propósito, uma das poucas afirmações claras que se tem no tocante ao elemento não-eventualidade.

Há ainda os defensores da teoria da fixação jurídica que entende por trabalho não eventual a fixação jurídica, de pelo menos um ano, do trabalhador a um posto de trabalho. Já para a teoria do evento, trabalhador eventual seria tão somente aquele que é contratado em virtude de um evento específico com prazo ou termo para ser concluído.

Por fim, para quarta e última corrente, a dos fins do empreendimento, será considerado não eventual o trabalhador que prestar serviços de acordo com a finalidade fim do empregador.

Para restar-se caracterizado a figura do empregado, além da conjunção de todos os elementos supracitados há ainda o elemento da subordinação, que talvez, figure como elemento de maior proeminência.

Nos dizeres de Amauri Mascaro Nascimento¹⁷ subordinação significa “submetimento, sujeição ao poder de outrem, às ordens de terceiros, uma posição de dependência.”

Ao analisar o supracitado art. 3º da CLT, encontra-se ao invés do termo subordinação o termo dependência, desta maneira, durante muito tempo, a doutrina majoritária passou a entender que para restar-se configurado a relação de emprego

¹⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho, São Paulo: LTR, 2009, p. 274.

¹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Curso de Direito do Trabalho, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 669

era necessário que o empregado fosse tecnicamente dependente do empregador. No entanto, tal entendimento, não pode prosperar na medida em que os trabalhos intelectuais rompem com essa dependência, fazendo com o que, muitas das vezes, seja o empregador dependente tecnicamente do empregado.

Deste modo, posteriormente, passou-se a entender que seria então uma dependência econômica, ou seja, só seria considerado empregado aquele que dependesse economicamente do seu empregador. Mais uma vez tal entendimento não logrou êxito, na medida em que é possível que existam empregados que não precisem de determinado emprego para a sua sobrevivência.

A partir daí a doutrina passou a considerar a dependência sob um viés jurídico, passando a denominá-la então de subordinação jurídica.

Note-se, portanto, que esta subordinação nasce e encontra os seus limites no contrato de trabalho, ou seja, ao celebrar contrato de trabalho, implicitamente, o trabalhador está manifestando a sua anuência de se subordinar ao empregador, no tocante ao desempenho da atividade laboral, não se confundindo, portanto, com sujeição ou submissão pessoal.

De outro lado, surge para o empregador a prerrogativa de ditar ordens aos seus empregados, na medida em que por força da alteridade, aqueles se responsabilizam pelos riscos do negócio, portanto, nada mais justo que, através do poder empregatício que lhe é conferido possa comandar o desenvolvimento das atividades.

Nos primórdios do direito do trabalho apenas era possível vislumbrar a existência da subordinação clássica, ou seja, a subordinação representada pelo controle, através de ordens intensas e diretas, do modo, do tempo e do lugar do trabalho, havendo, portanto, um domínio integral do desenvolvimento da atividade por parte do empregador.

Ainda hoje, encontra-se esse tipo de trabalho, no entanto, com o avanço do tempo, novas modalidades de trabalho foram surgindo, passando a mitigar o instituto da subordinação, a exemplo do teletrabalho, do trabalho em domicílio e etc. levando, inclusive alguns a acreditar que o elemento subordinação não mais fazia parte da relação de emprego.

No entanto, surgiu um novo conceito de subordinação, afirmando de que esta seria objetiva, ou seja, há subordinação mesmo nos casos em que não há efetivo recebimento de ordens, ou seja, o simples fato de o empregado estar sujeitos a receber ordens já caracteriza o elemento da subordinação.

Donde, conclui-se que a relação de emprego, resta-se caracterizada quando presente todos os elementos supracitados.

3 O SISTEMA DE PROTEÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRAISLEIRO

É cediço por todos que, em tempos modernos sob a ótica do neoliberalismo, o emprego figura como instrumento de grande valia, vez que conforme a Carta Magna de 1998, a valorização do trabalho junto com a livre iniciativa representa os pilares da ordem econômica vigente.

Assim sendo, costuma-se dizer que a Constituição Federal de 1988, muito embora, traga noções típicas de um Estado Neoliberal, como a contemplação da livre iniciativa, livre concorrência e da propriedade privada, traz também, quase que de maneira paradoxal idéias típicas de um Estado Social, a exemplo da valorização do trabalho, não havendo, portanto, definição clara de uma matriz ideológica.

Portanto, a grande dificuldade da sociedade contemporânea é justamente de compatibilizar tais ideais, ou seja, de encontrar um meio apto a tornar possível a coexistência da livre iniciativa com a valorização do trabalho, sendo ao um só tempo um Estado interventivo e liberal.

Dentro da ótica do estado capitalista, tem-se o embate necessário entre o interesse de quem detêm os meios de produção com o interesse daqueles que são explorados na alienação da sua força de trabalho. Assim, o reconhecimento do antagonismo clássico da ordem capitalista pressupõe que não haja a supressão de um em razão do outro, mas sim que aqueles que se revelarem como o pólo mais fraco dessa relação possua especial proteção.

Deste modo, sob a ótica do constitucionalismo brasileiro, valorizar o trabalho significa não permitir que a atividade empresarial seja realizada com violação aos direitos atribuídos aos trabalhadores.

E é sob essa ótica que se defende que, muito embora, exista o direito a livre iniciativa e a propriedade privada, estes não são mais direitos absolutos como em outrora foram, vez que, atualmente, devem ser interpretados com a finalidade de propiciar a harmonização destes com a proteção às relações de emprego.

Nesses moldes, buscando dar cumprimento ao pilar da ordem econômica brasileira, o ordenamento jurídico pátrio se reúne com o objetivo de proteger as relações de

emprego, tornando-as sólidas e resistentes, não podendo ficar sujeitas as imposições ultrapassadas da livre iniciativa ou da propriedade privada.

3.1 PRINCÍPIOS PROTETIVOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO

O sentido etimológico da palavra princípio encontra-se relacionado com começo, origem, gênese, servido de alicerce, desta maneira, a todo o ordenamento jurídico, vez que esses são frutos de construção política, cultural ou religiosa de determinada época e grupo social.

Para Vicente Paulo & Marcelo Alexandrino¹⁸ “ em linguagem figurada, os princípios se equivaleriam as colunas de sustentação do edifício jurídico, sobre as quais são construídas e com base nas quais são interpretadas as normas jurídicas.”

Figura assim, como diretriz máxima do sistema jurídico, lhe conferindo coesão e harmonia, facilitando, desta maneira, a compreensão do ordenamento jurídico como um todo.

Sem a pretensão de exaurir todo o conteúdo, dado a magnitude e complexidade do tema, é mister diferenciar princípios de regras, vez que aqueles se caracterizam pelo alto grau de generalidade e abstração enquanto que as regras gozam de quase ou nenhuma generalidade e abstração, vez que regulam fundamentalmente o caso concreto, trazendo, portanto, uma diferença quantitativa entre eles.

Tanto os princípios quantas as regras são espécies do gênero normas, vez que ambos prescrevem o que é devido e talvez na sua qualidade, resida a maior diferença entre os dois institutos vez que os princípios são mandados de otimização e por isso, permitem um cumprimento gradual, ou seja, deve ser observado da melhor maneira possível, respeitando os limites práticos e jurídicos, enquanto que as regras só admitem o cumprimento em sua integralidade, total, ou seja, tudo ou nada.

Nas palavras de Alice Monteiro de Barros¹⁹:

Nossa conclusão é no sentido de que a norma(vista como o dever-ser) abrange tanto os princípios como as regras. Estes se distinguem por meio de vários critérios apontados pela doutrina, entre os quais destacamos: a) as regras prescrevem os atos relativamente específicos, e os princípios atos

¹⁸ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo, Direito do Trabalho, Rio de Janeiro, Impetus, 2005, p. 27

¹⁹ BARROS, Alice Monteiro, Curso de Direito do Trabalho, 5. ed, São Paulo, LTr, 2009, p. 177

inespecíficos; b) os princípios não podem gerar esses direitos e podem ser aplicados diretamente; c) os princípios contem uma enumeração ampla, sendo portanto, abstratos, enquanto as regras são concisas.

E diante de sua importância, o ordenamento jurídico brasileiro traçou uma série de princípios gerais, que devem impreterivelmente ser observados por todos os subramos do direito, e desta maneira, vários são os princípios gerais do ordenamento jurídico como um todo que são aplicados no direito do trabalho, a exemplo da afamada dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a igualdade entre homens e mulheres em suas obrigações dentre outros tantos.

No âmbito do direito do trabalho, como ramo jurídico autônomo, há princípios jus trabalhistas que norteiam as relações de emprego, assumindo também um papel de suma relevância, vez que se consubstanciam em modelos de conduta, atuando como premissas ideais, que devem ser buscadas a fim de propiciar a correta funcionalização do direito.

Conforme Mauricio Godinho Delgado²⁰, a influência de tais princípios não deve ser ignorada pelos operadores do direito, uma vez que atuam no processo de compreensão das regras de direito positivo, muito embora, seja a era atual, um momento de enfraquecimento das forças principiológicas.

Frisa-se ainda que os princípios possuem uma tripla função, quais sejam, normativa, informadora e interpretativa. A função informadora consiste em orientar o legislador por ocasião da elaboração das leis. Já a função normativa e talvez seja essa a função que mais corrobora para a defesa da presente tese, vez que permite que os princípios atuem suprindo lacunas, ou seja, havendo lacuna na legislação o juiz pode utilizar os princípios como fonte alternativa, chama-se atenção que esta função esta expressamente prevista no art. 8 da Consolidação das leis trabalhistas. E por fim, a função interpretativa onde os princípios vão auxiliar os interprete, a interpretar os elementos normativos.

Desta maneira, com o fito de demonstrar a base principiológica existente no ordenamento jurídico pátrio que confere fundamentos à vedação á dispensa arbitrária, passa-se a análise destes.

²⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 11. ed, São Paulo: LTR, 2012, p. 1116.

3.1.1 Princípio da Proteção

Nas palavras de Américo Plá Rodriguez ²¹ “O princípio da proteção é o princípio por excelência do Direito do Trabalho.”

O princípio da proteção se traduz na necessidade que o ordenamento jus trabalhista, através de suas normas, regras e institutos possui de tentar corrigir, e caso isto não seja possível, de ao menos atenuar a manifesta desigualdade existente no mundo fático das relações de emprego, entre a figura do empregado e do empregador.

A classe dos empregados, figura historicamente como o pólo hipossuficiente da relação empregatícia e por isso justifica-se a adoção de medidas, para que ao menos no plano jurídico se torne possível restabelecer a igualdade entre empregado e empregador que outrora fora perdida.

O referido princípio surge em um momento em que a exploração do trabalho se dava de maneira exacerbada, em um momento em que a figura do empregado era reduzido a nada, vez que a busca incessante pelo lucro a baixo custo figurava como princípio norteador da classe empresaria, e, portanto, esta situação reclamou uma resposta do estado.

Desta maneira, cria-se uma rede de proteção jurídica ao empregado, orientando o conflito entre capital e trabalho, conferindo uma superioridade jurídica em favor do empregado em razão de sua hipossuficiência.

Nos dizeres de Américo Plá Rodriguez²²:

O princípio de proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador.

Ou seja, o legislador não mais podia conviver com a ideia fantasiosa de que havia igualdade entres as partes do contrato de trabalho, e sustentado na tese da igualdade material, cuja ordem é tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, inclinou-se a conferir uma rede de proteção para a parte mais frágil da relação, o empregado.

²¹ RORIGUEZ, Américo Plá, Princípios de Direito do Trabalho, São Paulo, Ltr, 1978, p.40

²² *Ibidem*, p. 35

No entanto, o referido princípio é alvo de severas críticas principalmente pela classe empresária, vez que defendem a tese que a proteção conferida ao empregado, pelo ordenamento jurídico atual, muitas das vezes, onera demais o empregador, imputando a estes responsabilidades e deveres inatingíveis, o que acabaria por inviabilizar o progresso econômico dos mesmos.

E é nesse sentido que Américo Plá Rodríguez²³ ensina que a rejeição de boa parte da sociedade a este princípio baseia-se no fato que “No processo capitalista de produção e no sistema empresarial de concorrência, o trabalho está subordinado à iniciativa, direção e organização do capital.”

Sendo este também o entendimento de Alice Monteiro de Barros²⁴, que entende que o grande desafio dos tempos atuais é alcançar o equilíbrio entre uma flexibilização das angústias dos empresários e uma legislação que não permita um retrocesso ao antigo regime das relações empregatícias, nas quais predominava a autonomia da vontade em detrimento dos ideais de justiça social.

No entanto, não padece de qualquer controversa o fato de que o princípio protetor norteia a criação do direito do trabalho como um todo, funcionando como uma espécie de alicerce para todos os demais princípios jus trabalhista, vez que todos eles guardam consigo um caráter protetor.

Deste modo, Mauricio Godinho Delgado²⁵ ao afirmar que o referido princípio “seria inspirador amplo de todo o complexo de regras, princípios e institutos que compõem esse ramo jurídico especializado”

Portanto, inegável a força e importância que possui o princípio da proteção na preservação das relações de emprego, conferindo ao empregado os mais diversos meios idôneos a lutar pela sua preservação, servindo de fundamento maior aos demais princípios trabalhistas, a exemplo dos princípios da continuidade das relações de emprego e da norma mais favorável, aos quais passa-se a analisar.

3.1.2 Princípio da continuidade das relações de emprego

²³ RORIGUEZ, Américo Plá, Princípios de Direito do Trabalho, São Paulo, 1978, p 38

²⁴ BARROS, Alice Monteiro, Curso de Direito do Trabalho, 5. ed, São Paulo, LTr, 2009, p. 184

²⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 11. ed, São Paulo: LTR, 2012, p. 194.

Resta-se imperioso mencionar o princípio basilar da continuidade da relação de emprego, que em breves palavras, visa proteger as referidas relações, partindo-se do pressuposto que apenas através da permanência e integração do trabalhador junto ao empregador, poderia o direito do trabalho cumprir seu fim teleológico.

Para Américo Plá Rodriguez²⁶ “A relação empregatícia não é efêmera, mas pressupõe uma vinculação que se prolonga.”

De acordo com Julio Cesar do Prado Leite²⁷ “o desemprego entre nós alcança cifra que não pode deixar de causar inquietação ao todo social.”

De maneira bem clara Américo Plá Rodriguez²⁸ afirma que

Tudo o que vise à conservação da fonte de trabalho, a dar segurança ao trabalhador, constitui não apenas um benefício para ele, enquanto lhe transmite uma sensação de tranqüilidade, mas também redundante em benefício da própria empresa e, através dela, da sociedade, na medida em que contribui para aumentar o lucro e melhorar o clima social das relações entre as partes

Logo, a manutenção do vínculo empregatício, dentre outros benefícios, promove a maior proteção do direito do trabalho ao empregado, seja pelo avanço da legislação vigente ou negociação coletiva, seja pelas conquistas angariadas ao longo do contrato de trabalho, a exemplo de promoções e estabilidades.

Ademais, é também consequência imediata da continuidade das relações de emprego, o maior acesso a educação e cursos de aperfeiçoamento profissional, vez que, os empresários se sentem mais motivados a investir em seus empregados duradouros, conforme Mauricio Godinho Delgado.²⁹

Ademais, nos dizeres de Mauricio Godinho³⁰, o desemprego não interessa a sociedade como um todo, devendo esta, coibir veementemente o desemprego desmedido e despropositado, que apenas serve para gerar insegurança nas relações de trabalho, e fragilizar a situação do empregado, diante do mercado de trabalho, propiciando assim, a precarização das condições trabalhistas.

Note-se que o desemprego não atinge somente a figura do empregado despedido, mas por vias obliquas, acaba interferindo em todo o seu seio familiar, tendo em

²⁶ RORIGUEZ, Américo Plá, *Princípios de Direito do Trabalho*, São Paulo, Ltr. 1978, p 101

²⁷ LEITE, Julio Cesar do Prado, *A Garantia de Emprego na Constituição Federal*, in: CARRION, Valentin (Coord.) *Trabalho & Processo*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 49

²⁸ RORIGUEZ, Américo Plá, *op. cit.* 2000, p.101 *et. sec.*

²⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, op.cit. 2012, p.1116.et.seq.

³⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo: LTR, 2012, p. 1116

vista, a sociedade capitalista atual, onde o consumo, torna-se algo inexorável. Não seria exagero, imputar interferências que transcende a figura do empregado e seus familiares, em vista dos impactos comunitários do mesmo, funcionando assim, o emprego como um mecanismo de inserção social.

Figura como corolário do princípio da continuidade das relações de emprego as presunções favoráveis ao trabalhador, a exemplo da presunção relativa, e, portanto, que comporta prova em sentido contrário, da indeterminação dos contratos de trabalho, sendo os contratos a termo exceção, que somente poderão ser firmados nos casos preteridos em lei, vez que uma das principais características do contrato de trabalho é a sua natureza de trato sucessivo, ou seja, que não se esgota com a prática de um determinado ato e por isso, se prolonga no tempo.

Deste modo, deve se prezar pelos contratos de prazo indeterminado, que conforme ensina Américo Plá Rodriguez³¹, não é a mesma coisa que contrato para a vida toda, pois um contrato desta natureza feriria valores de ordem pública, na medida em que este somente chegaria ao fim com a morte dos contratantes. Muito embora, seja perfeitamente possível que o contrato se prolongue por toda a vida do trabalhador se assim for de vontade das partes, mas não em razão de lei.

É também resultado da presunção favorável ao trabalhador, conforme Luciano Martinez³² a da existência de contrato de emprego, mesmo quando o empregado alegar a ausência do referido contrato, mas reconhecer a existência de prestação de serviço, favorecendo ao empregado na distribuição de ônus da prova.

Nesse sentido é também o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho consubstanciado na súmula 212 do referido Tribunal ³³, senão vejamos:

Ônus da Prova - Término do Contrato de Trabalho - Princípio da Continuidade
O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado

Portanto, o princípio da continuidade das relações de emprego, experimentou seu auge durante as décadas de 30 e 40 do século XX. Durante esse período, o ordenamento trabalhista brasileiro previa um rígido sistema estabilitário, seja criando

³¹ RORIGUEZ, Américo Plá, Princípios de Direito do Trabalho, São Paulo, Ltr. 1978, p 105.

³² MARTINEZ, Luciano, Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 117.

³³ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Súmula 212, Brasília, DF, 1985.

dificuldades para a dispensa sem justa causa em contratos superiores a um ano, através da imposição de indenização compensatória, levando em consideração o tempo de serviço e a última remuneração, ou através da estabilidade, e portanto, vedação a dispensa injusta, atribuída à aqueles que possuíam, no mínimo, 10 anos de trabalho, o que ficou comumente conhecido como estabilidade decimal.

Nesse sentido, a estabilidade decimal funcionava como vedação ao exercício do direito (ou ato de liberdade) patronal de rescindir.

O princípio examinado perdeu parte significativa de sua força, já que fortemente influenciado pelos ditames liberais, o ordenamento brasileiro foi conduzido a supressão do antigo regime de estabilidade decimal, com a criação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) em 1966, que inicialmente se apresentou como um regime facultativo, tendo, somente em 1988 se tornado obrigatório, através de sua universalização. E assim sendo, o FGTS, substituiu a estabilidade decimal por um depósito de 8% ao mês, em conta vinculada a caixa econômica, permitindo assim a despedida injusta, mesmo dos empregados com mais de dez anos de serviço, lhe sendo devido, tão somente uma indenização no valor de 10% do FGTS, representando uma grande conquista dos empregadores.

No entanto, em contrapartida, ou seja, apesar da universalização do FGTS, a Constituição de 1988, trouxe consigo dispositivos hábeis a propiciar uma maior proteção das relações de emprego, dentre eles, o objeto de estudo do presente trabalho, qual seja, a previsão do art. 7³⁴, inciso I, da CF/88, onde se veda a dispensa arbitrária, vejamos:

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

Diante disso, indubitavelmente, figura o princípio da continuidade das relações de emprego como um dos mais importantes princípios jus trabalhista, principalmente em tempos de desemprego exagerado como o que acontece na era moderna, logo, lutar pela sua preservação e, sobretudo por sua aplicação é tarefa de todos, para que desta maneira possa se preservar o maior instrumento de inserção social do homem em tempos hodiernos, qual seja, o seu emprego.

³⁴ Brasil, Constituição Federal da República, Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 nov. 2013

3.1.3 Princípio da norma mais favorável

Ainda com a intenção de evidenciar a importância da preservação dos contratos de trabalho, vale discorrer a respeito da importância que o princípio da norma mais favorável ao empregado encerra em sede de extinção do contrato de trabalho.

É cediço por todos, que a função precípua do direito jus trabalhista, é de conferir proteção aos empregados, visto que estes são historicamente, a classe hipossuficiente, ou seja, mais fraca da relação outrora firmada, até porque, não se pode perder de vista, que se trata de uma relação formada por um ser individual, o trabalhador, e de outro lado, um ser coletivo, os empregadores, e que, portanto, reclama proteção estatal, com o fito de restabelecer o equilíbrio, nos dizeres de Roberto Norris³⁵:

Certo é que a igualdade jurídica do trabalhador, princípio universal de justiça, depende de um tratamento diferenciado na lei, através da necessária proteção estatal, sob pena do desencadeamento de novas questões sociais e de novos embates entre o capital e trabalho, num infundável círculo vicioso.

Diante disso, o princípio da norma mais favorável, dentro do ordenamento jurídico, é um dos que mais contribui para o alcance do objetivo final do direito do trabalho, como dito, a proteção do empregado, vez que auxilia o operador do direito, em todas as esferas de poder.

Segundo Volia Bonfim Cassar³⁶ o princípio da norma mais favorável garante que “Deve se optar pela norma que for mais favorável ao obreiro, pouco importando sua hierarquia formal.”, ou seja, desta maneira, se permite que normas que trazem consigo condições mais benéficas para os empregados, conferindo direitos acima dos constitucionalmente previstos, ainda que sejam de hierarquia constitucional inferior, possam entrar em vigor e produzir seus efeitos.

Note-se que é esse também o entendimento do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho³⁷, senão vejamos:

³⁵NORRIS, Roberto; GLANZ, Aída; ANJO, Carla Goes Lopes Anjo; LOPES, Cynthia Maria Simões; TEIXEIRA, João Carlos, Temas Polêmicos de Direito e Processo do Trabalho, São Paulo, LTr, 2000, p. 37.

³⁶ CASSAR, Vólia Bonfim, Direito do Trabalho, 5. Ed. Niteroi: Impetus, 2011, p.194

³⁷ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, AIRR, nº 19110220115030148 1911-02.2011.5.03.0148, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Brasília: DF, 2013. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23048560/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-19110220115030148-1911-0220115030148-tst>>. Acesso em: 18 nov. 2013

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - ACORDO COLETIVO - CONVENÇÃO COLETIVA - PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL - ART. 620 DA CLT - TEORIA DO CONGLOBAMENTO. Nos termos do art. 620 da CLT, as condições estabelecidas em convenção coletiva, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo coletivo. Na apuração da norma mais vantajosa, deve ser considerado todo o conteúdo dos instrumentos coletivos cotejados, consoante prega a teoria do conglobamento. Agravo de instrumento desprovido.

(TST - AIRR: 19110220115030148 1911-02.2011.5.03.0148, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 06/02/2013, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/02/2013)

E em consonância com a tese do presente estudo, o TST³⁸ ao julgar agravo de instrumento em recurso de revista declarou a nulidade da dispensa sem justa causa, tendo em visto a presença de norma mais favorável ao trabalho, vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. NULIDADE DA DISPENSA SEM JUSTA CAUSA - INOBSERVÂNCIA DE PROCEDIMENTO ESTABELECIDO EM NORMA INTERNA - DIREITO À REINTEGRAÇÃO - PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL AO TRABALHADOR. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS . Nega-se provimento a agravo de instrumento que visa liberar recurso despido dos pressupostos de cabimento. Agravo desprovido .

(TST - AIRR: 12393620115020434 1239-36.2011.5.02.0434, Relator: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 02/10/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/10/2013)

Assim sendo, o princípio comporta três dimensões, quais sejam, a dimensão pré-jurídica, vez que guia a elaboração das normas trabalhistas, auxiliando os legisladores em sua criação. Serve também como um critério de hierarquia, em casos de conflitos normativos, bem como, dentro da esfera jurídica, é utilizado como critério de interpretação das normas jurídicas, devendo, obviamente, respeito aos preceitos hermenêuticos.

Logo, diante de todo o exposto, o referido princípio, exerce papel fundamental na preservação das relações de trabalho, vez que inviabiliza a dispensa arbitrária ou sem justa causa, tendo em vista que as normas mais favoráveis jamais trarão em seu conteúdo aspectos relacionados à dispensa imotivada

³⁸ Brasil, Tribunal Superior do Trabalho, AIRR , n ° 12393620115020434 1239-36.2011.5.02.0434, Relator Renato de Lacerda Paiva, Brasília, DF, 2013. Disponível em <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24240551/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-12393620115020434-1239-3620115020434-tst>>. Acesso em 18 nov. 2013

Note-se que, conforme Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena³⁹ “Não se protege apenas o emprego, como um bem que a lei pretende se mantenha, se prossiga, mas os próprios direitos que dele advenham.”

3.2 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS E SUA APLICABILIDADE AO DIREITO DO TRABALHO.

Desde o momento em que o homem passou a viver em sociedade, e, portanto, a partir da necessidade de regular a vida em conjunto, há indícios da existência dos contratos, que se caracteriza por ser um negócio jurídico no qual há convergências de duas ou mais vontades para consecução de objetivos em comum.

Nesse sentido Arnaldo Rizzardo⁴⁰

Há um acordo simultâneo de vontades para produzir efeitos jurídicos. Não se trata propriamente de coincidência de vontades, mas da reunião delas. Daí a definição de contrato, também aceita, como a convenção surgida do encontro de duas ou mais vontades que se obrigam entre si, no sentido de dar, fazer ou não fazer alguma coisa.

Desta maneira, desde os primórdios da humanidade, a partir da necessidade de superar o individualismo do homem, perpassando por momentos históricos antes mesmo da era da civilização, é possível vislumbrar nas permutas de objetos e utensílios, típico da época, a presença de contratos, vez que tal prática exprime, indubitavelmente, a reunião de vontades que perseguem o mesmo fim.

Já na era da civilização, conforme ilustrado por Arnaldo Rizzardo⁴¹ é possível encontrar formas típicas de contrato, seja na civilização hebraica, a qual, o referido Autor afirma ser a primeira civilização a conhecer o instituto do contrato, bem como na civilização egípcia e grega, apesar de nesta última o direito não ter alcançado grande importância, vez que lá imperava as artes e as letras. Sem, contudo, esquecer da civilização Romana, onde, sem dúvidas, o instituto do contrato alcançou o seu esplendor, através de importantes leis destinadas a regular tal instituto, que neste momento, já dirigia grande parte da vida dos homens, disciplinando o casamento, a filiação, translação de propriedades e etc.

³⁹ VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de, A despedida Arbitrária e o enunciado 300 do TST, *in*: CARRION, Valentin (Coord.) Trabalho & Processo, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 57

⁴⁰ RIZZARDO, Arnaldo, Contratos, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011, p. 5

⁴¹ *Ibidem*, p. 7

A partir daí o instituto do contrato fora sofrendo diversas modificações e adaptações de acordo com o momento histórico vivenciado. Pode-se afirmar que a importância do contrato atingiu seu ápice na Idade Moderna, com a instauração da ordem econômica liberal, cujo expoente fora a Revolução Industrial, em um momento em que surge violentamente a noção de autonomia da vontade, tendo, portanto, a liberdade contratual atingido o seu apogeu. Durante esse período tudo poderia ser alvo de contratação, sem permitir a intervenção estatal. Aliado a idéia de liberdade, há neste momento histórico a primazia também da idéia de propriedade, desta maneira, o homem acreditava ser livre para transacionar tudo aquilo que estava englobado em sua propriedade, não admitindo intervenções indesejadas.

Senão veja-se nas palavras de Arnaldo Rizzardo⁴²:

Dentro do espírito dominante, admitia-se a onipotência do cidadão na administração e na disponibilidade de todos os bens, garantido amplamente o direito de propriedade e a faculdade de contratar com todas as pessoas nas condições e de acordo com as cláusulas que as partes determinassem.

No entanto, é sabido por todos que o Estado Liberal revelou-se falho, na medida em que a devoção a ampla liberdade e propriedade, gerou diversas injustiças para a sociedade daquele momento, e, portanto, o Estado fora chamado a intervir em um campo em que anteriormente era de domínio exclusivo do homem, e desta maneira, fora instaurado o Estado do Bem Estar Social, no qual, caracteriza-se essencialmente pela presença do estado na vida dos seus súditos, com o fito de propiciar condições básicas de vida, como saúde, educação, moradia e etc.

Neste momento, do *well fare state*, a liberdade de contratar já não é mais plena, surgiram diversas normas de ordem pública destinadas a regular os pontos mais deficitários deixados pela imposição do liberalismo, e desta maneira, o Estado passou a intervir na contratação de empregados, através da criação de um ramo do direito destinado precipuamente a proteger a figura do empregado.

Por fim, adentra-se na ordem econômica neo-liberal, posteriormente substituída pelo atual capitalismo, que não representa, em hipótese alguma, um retrocesso ao liberalismo, onde mantém-se parcialmente a liberdade de contratar, que não pode ser plena visando a própria manutenção da ordem capitalista, coexistindo, portanto a liberdade e a intervenção no plano contratual. Assim sendo, atualmente, o contrato

⁴² RIZZARDO, Arnaldo, Contratos, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011, p. 9

figura como um dos alicerces mais importantes da cultura sociojurídica, vez que se traduz como meio idôneo de criar, extinguir e modificar direitos.

Para Mauricio Delgado Godinho:⁴³

A relevância assumida pela noção e prática do contrato, nos últimos séculos, deriva da circunstância de as relações interindividuais e sociais contemporâneas- a diferença dos períodos históricos anteriores- vincularem seres juridicamente livres, isto é, seres desprendidos de relações institucionalizadas de posse, domínio ou qualquer vinculação extravolitiva a outrem.

3.2.1 Aplicação no direito do trabalho: contrato de emprego

O fato é que para a grande maioria dos juristas, a relação de emprego, nos moldes em que se encontra atualmente, possui, verdadeiramente, natureza contratual, vez que nela, encontra-se presente, como elemento basilar a reunião de vontades livres, e entende-se por vontades livres aqui, não a plena liberdade no quis diz respeito ao conteúdo do contrato, porque como fora narrado alhures, esta, sofre grande intervenção estatal, mas vontade livre no sentido de desejar contratar, de querer obrigar-se, e, portanto, de firmar relação empregatícia.

Coadunando do mesmo entendimento, Mauricio Delgado Godinho ⁴⁴ensina que

A natureza jurídica contratual afirma-se por ser o elemento vontade essencial à configuração da relação de emprego. A presença da liberdade- e sua projeção na relação concreta, a vontade- é a propósito, o elemento nuclear a separar o trabalho empregatício dos trabalhos servis e escravos, que lhe precederam na história das relações de produção ocidentais.

Desta maneira, uma vez reconhecido o caráter contratual das relações de emprego, mister tecer breves comentários a respeito de seus elementos e requisitos básicos.

O contrato de emprego, como é sabido, é espécie do gênero contrato de trabalho, vez que este é uma relação jurídica genérica, a qual engloba qualquer tipo de fazer humano para produzir, criar ou modificar algo, enquanto que a relação de emprego é uma relação jurídica através da qual o sujeito se obriga a prestar um serviço de forma pessoal, não eventual, onerosa e juridicamente subordinada ao empregador, sendo, portanto, esta última, objeto do direito do trabalho.

Nesse sentido, Luciano Amaro Martinez⁴⁵:

⁴³ DELGADO, Mauricio Godinho, Curso de direito do Trabalho, São Paulo, Ltr, 2009, p.460

⁴⁴ *Ibidem*, p. 291

Contrato de emprego é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (o empregado) obriga-se, de modo pessoal e intransferível, mediante o pagamento de uma contraprestação (remuneração), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), que assume os riscos da atividade desenvolvida e que subordina juridicamente o prestador.

E assim sendo, em razão de suas peculiaridades, sob a ótica civilista da teoria geral dos contratos, o contrato de emprego assume a posição de um contrato *típico*, vez que previsto em lei, *comutativo*, na medida em que estabelece direitos e obrigações recíprocas, *sinalagmático* vez que a prestação de uma das partes é causa da prestação da outra, é também um contrato *oneroso*, tendo em vista que pressupõe a existência de contraprestação, *personalíssimo*, porque não pode ser prestado por pessoa diversa daquela contratada, *de trato sucessivo*, já que suas obrigações se protraem no tempo, *principal* porque existe em função de si mesmo, e por fim, *não solene*, na medida em que não se exige forma para tanto, e daí o contrato de emprego ser um contrato realidade, vez que a simples execução do serviço, aliado a seus requisitos básicos, já figura como meio idôneo para que exista validamente o acordo.

Logo, uma vez reconhecida à natureza contratual das relações de emprego, os contratos firmados para tanto, devem, impreterivelmente, respeito aos planos de existência, validade e eficácia. Desta maneira, exige-se do contrato de emprego, manifestação da vontade, a presença de agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei.

Ainda sob a ótica da teoria civilista dos contratos, estes são regidos por certos princípios, que orientam a sua formação e que passará a ser analisados adiante, vez que culminam no tema central do presente trabalho, qual seja, a necessidade de preservação das relações empregatícias, as quais só poderão chegar ao fim devidamente motivada, sob pena de indenização.

3.2.2 Princípios contratuais e a necessidade de indenização em caso de rompimento injustificado.

Uma vez reconhecida à natureza contratual das relações empregatícias, nada mais justo que o seu fim, se dê, rigorosamente, de maneira motivada, sob pena de implicar em pagamento de indenização, vez que de acordo com a teoria geral dos

⁴⁵ MARTINEZ, Luciano, Curso de Direito do Trabalho, 5.ed, São Paulo, Saraiva, 2014, p. 152

contratos, estes são guiados, essencialmente pelo princípio da obrigatoriedade, que em breves palavras, possui o condão de tornar irretroatável aquilo que outrora fora firmado pelas partes contratantes.

Nos dizeres de Arnaldo Rizzardo⁴⁶:

É irredutível o acordo de vontades, conforme regra consolidada no direito canônico, através do brocardo *pacta sunt servanda*. Os contratos devem ser cumpridos pela mesma razão que a lei deve ser obedecida. Ou seja, o acordo das vontades, logo depois de declaradas, tem valor de lei entre os estipulantes, e impõe os mesmos preceitos coativos que esta contém.

Logo, a força da obrigatoriedade dos contratos é evidente, na medida em que impõe a observância de todas as obrigações pactuadas, inclusive da própria manutenção do referido vínculo até que haja causa suficiente para o seu rompimento.

Desta maneira, o respeito à obrigatoriedade dos contratos, indubitavelmente concorre para a manutenção da segurança, ordem, paz e harmonia social.

Dentro do âmbito dos contratos de emprego, a observância a este princípio se revela essencial, na medida em que a partir do momento em que empregador e empregado resolvem obrigar-se mutuamente mediante um contrato de trabalho, devem estar cientes de que este possui força de lei e por isso deve ser amplamente respeitado por ambos, e isto, nos leva, indubitavelmente, ao fato de que ambas as partes, devem, rigorosamente, zelar pela manutenção do contrato, vez que o seu fim injustificado, implica, necessariamente, em desrespeito a obrigatoriedade dos contratos.

Dentre os mais diversos fundamentos desta obrigatoriedade, trazidos pela doutrina, vale chamar atenção para aquele que indica a autonomia da vontade para tanto, nas palavras de Arnaldo Rizzardo⁴⁷: “O contrato obriga porque as partes livremente o acatam”.

Mesmo sabendo que a autonomia da vontade, em tempos hodiernos é restrita, vale aqui ressaltar que a vontade que mais sofre restrição é a do empregado, vez que este, necessita do emprego para a sua sobrevivência, na medida em que a sociedade capitalista cobra dele a inserção no mercado de trabalho para garantir a sua própria subsistência, logo, a sua vontade na hora de contratar, não é tão livre e

⁴⁶ RIZZARDO, Arnaldo, *Contratos*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011, p. 23

⁴⁷ *Ibidem*, p. 24

soberana como à aquela dos empregadores, haja vista que para estes, o empregado é apenas mais um em seu quadro de funcionários.

Diante disso, a conclusão lógica é que, se os empregadores, de maneira livre e soberana resolveram contrair relação de emprego com determinado sujeito, a esta relação, e, portanto, a este contrato, deve respeito, na medida em que se torna obrigatório, e desta maneira, o seu fim somente poderá ser alcançado, desde que haja motivação para tanto, sob pena de incorrer em rompimento injustificado do contrato, o que gera, por óbvio, dever de indenizar.

Muito importante chamar a atenção para o fato de que não pode prosperar a tese de que o ordenamento jurídico já tutela esse dever de indenizar, na medida em que atribui o pagamento de multa no valor de 40% do FGTS nos casos em que a relação de emprego cheguem ao fim de maneira injustificada, vez que em uma análise mais profunda do dito ordenamento jurídico, chega-se a conclusão de que não é esta a intenção do mesmo.

Nesse sentido José Maciel⁴⁸ afirma que “Tal pagamento, entretanto, decorrente da Lei do FGTS, não é o mesmo definido como indenização compensatória no art. 10, inciso I das Disposições Transitórias, pois a Lei n. 8036/90 não é lei complementar.”

Ora, sabido por todos, que a Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu art. 7, inciso I, regula a proteção das relações de emprego contra as despedidas arbitrárias e sem justa causa, sob pena de indenização compensatória, no entanto, condiciona sua eficácia a lei complementar. Lei esta, que diante da inércia do poder legislativo, nunca fora editada.

No entanto, como será mais bem detalhada a frente, a Convenção 158 da OIT, ratificada pelo Brasil, que trata também da proteção as relações empregatícias, prevê, em casos de despedida arbitrária, a reintegração do sujeito, e caso sendo esta desaconselhável, o pagamento de indenização compensatória.

Assim sendo, de maneira óbvia, não pode a sociedade ser levada a crer que a indenização pelo rompimento injustificados das relações de emprego, portanto, do contrato, já é suficientemente abarcada pelos 40% do FGTS, vez que os diplomas

⁴⁸ MACIEL, José Alberto Couto. A inconstitucionalidade da despedida arbitrária frente ao texto da constituição de 1988 e a conseqüente reintegração do empregado, Revista Ltr, 1999, p. 7

jurídicos e as crenças sociais, nos permitem concluir que tal valor, se revela ínfimo diante da magnitude do desemprego, não sendo esta, portanto, a indenização compensatória prevista na CF/88.

A vedação ao fim injustificado do contrato de trabalho encontra respaldo também no princípio da boa fé, o qual exige que as partes contratantes ajam de acordo com as normas morais e éticas socialmente vigentes. Ou seja, as partes são obrigadas a se manifestar de forma clara e autêntica, revelando sua verdadeira intenção ao firmar a relação jurídica de emprego.

Nas palavras de Luciano Martinez⁴⁹:

A boa fé é exigida, como dever acessório, na formação dos contratos e protegida durante o transcurso dos ajustes já formado. Por força dela cada um dos sujeitos de uma relação jurídica deve oferecer informação, ampla e irrestrita, sobre os detalhes do negócio a ser praticado ou do ato jurídico que esta em desenvolvimento.

Cabe destacar aqui, a importância de se fazer presente nos contratos de emprego, tanto a boa fé subjetiva, que é a intenção íntima do contratante de não causar qualquer tipo de dano a outra parte, bem como a da boa fé objetiva, vez que a união de ambas, propicia uma maior segurança jurídica a referida relação, o que, por vias oblíquas, inviabiliza o término injustificado, e, portanto, sem motivos, do contrato de trabalho.

Ademais, o princípio da função social também guia os contratos e concorre para a tese de preservação das relações empregatícias, na medida em que representa uma adequação dos interesses particulares das partes com os interesses de toda a coletividade.

Ora, é cediço que, vivemos em uma era essencialmente capitalista, onde o emprego revela-se o instrumento mais eficaz de inserção social e que por isso o desemprego não interessa a sociedade como um todo, vez que este aniquila o ser humano em sua totalidade.

Desta maneira, partindo-se do pressuposto de que a função social ordena que os interesses da sociedade se sobreponha a vontade meramente particular e individual, tendo em vista que o desemprego, em hipótese alguma, interessa a sociedade, nada mais justo que o interesse da sociedade em preservar as relações de emprego

⁴⁹ MARTINEZ, Luciano, Curso de Direito do Trabalho, 5.ed, São Paulo, Saraiva, 2014, p. 117

vença o desejo do empregador de por fim ao contrato de emprego, a não ser que, haja razão para tanto.

Corroborando da mesma idéia Arnaldo Rizzardo⁵⁰ afirma que:

Veio introduzida a função social do contrato, que leva a prevalece o interesse publico sobre o privado, a impor o proveito coletivo em detrimento do meramente individual e a ter em conta mais uma justiça distributiva que meramente retributiva.

Desta maneira, revela-se irrefutável a idéia de que por se tratar as relações de emprego, de relações com ampla natureza contratual, esta deve respeito á aquilo disposto na teoria geral dos contratos, principalmente a sua base principio lógica que serve de alicerce para defender a tese central do presente estudo, qual seja, a vedação a dispensa imotivada das relações empregatícias

3.3 EVOLUÇÃO JURÍDICA DO SISTEMA DA EXTINÇÃO CONTRATUAL

Conforme fora narrado exhaustivamente, defende-se no presente estudo a importância da manutenção das relações empregatícias, seja por razões de ordem objetiva, a exemplo do fato de que o empregador se revela mais motivado a investir em um empregado duradouro ou também por motivos subjetivos, na medida em que face a atual ordem econômica, o emprego se revela como o maior instrumento de inserção social.

Desta maneira, a extinção contratual, quando não for previamente estabelecida nos casos em que o próprio ordenamento admite a contratação por prazo determinado, deve ser encarada como uma situação anormal vez que a priori os contratos de emprego devem se perpetuar no tempo.

Assim, segundo Mauricio Delgado Godinho⁵¹:

O direito do trabalho brasileiro, desde a instauração do modelo justalabalhista tradicional do país, nas décadas de 1930 e 1940, apresentou algumas alterações significativas no que tange ao tratamento jurídico da extinção do contrato de trabalho.

Reconhece-se, através do tratamento jurídico conferido a extinção contratual, inicialmente, durante a vigência do Estado liberal, uma fase de total liberdade do

⁵⁰ RIZZARDO, Arnaldo, Contratos, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011, p. 20

⁵¹ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 13. ed, São Paulo: LTR, 2014, p. 1177.

empregador em despedir o empregado, acreditava-se que da mesma maneira de que aquele era livre para contratar, era livre também para despedir, sem qualquer limitação.

Essa liberdade se justificava, na medida em que durante a vigência do Estado liberal, não se poderia conceber a existência de legislação capaz de interferir na vida privada dos sujeitos, vez que esta era inviolável por parte do Estado, nesse sentido, o professor Arion Sayão Romita⁵².

Após esse período, com a posterior intervenção estatal, nasceu às primeiras legislações aptas a regular a relação de emprego, oferecendo bastante limitação ao poder de despedir do empregador, alçando a estabilidade ao princípio quase que supremo logo, não passível de violação.

Nesse sentido, passou-se a experimentar uma fase, na qual, as relações de emprego passaram a ser institucionalizadas, ou seja, segundo Arion Sayão Romita⁵³, a construção institucionalista “aproximava a relação empregatícia da relação estatutária, característica da função pública.”

Para os seus defensores, ao exaltarem a natureza institucional das relações de emprego e conseqüentemente rechaçarem a natureza contratual, afirmavam que apesar de perder em liberdade, esta teoria ganhava em segurança, na medida em que os contratos foram feitos para durar pouco, ou seja, efêmeros, enquanto que as instituições possuem caráter permanente, nesse sentido, Arion Sayão Romita⁵⁴.

Frise-se que foi este, o posicionamento adotado pela CLT, quando da sua promulgação, ao regular o famoso instituto da estabilidade decenal.

Superada a teoria da instituição, e uma vez sedimentada a natureza contratual das relações empregatícias, a referida limitação sofre flexibilização, vez que a atual natureza das relações de emprego não comporta a existência de estabilidade absoluta, muito embora, proponha dificuldades ao direito de despedir.

3.3.1 Legislações esparsas

⁵² ROMITA, Arion Sayão, Proteção contra a despedida arbitrária, *in*: CARRION, Valentin (Coord.) Trabalho & Processo, São Paulo, Saraiva, 1994, p.7

⁵³ *Ibidem*, p.8

⁵⁴ *Ibidem*, p.9

A primeira lei ao tratar da extinção contratual, trazendo ampla proteção às relações empregatícias fora o decreto n. 4682 de 24 de janeiro de 1923, comumente apelidada de Lei Elói Chaves, que em seu art. 42, vedava a dispensa dos empregados que já contasse com dez anos de serviços efetivos.

Ou seja, estes somente poderiam ser dispensados mediante apuração de falta constatada em inquérito administrativo, lhe sendo proibido, portanto, a dispensa sem justa causa.

Ocorre que em verdade, esta não lei não tratava de lei trabalhista, era na verdade, uma lei previdenciária, que por vias obliquas, acabou assegurando também a estabilidade nas relações de emprego. Ademais, a sua sujeição passiva, ou seja, o rol de empregados ao qual ela se destinava era bastante limitado, vez que protegia tão somente as relações de emprego dos trabalhadores das empresas de estradas de ferro, ou seja, os ferroviários, conforme Arion Sayão Romita⁵⁵.

Posteriormente a isto, fora editada a lei n.62 de 5 de Junho de 1935, que em seu art. 10 estendeu a todos os demais empregados que contassem com dez anos de serviços efetivos e que não se encaixasse na situação já tutelada pela lei Elói Chaves, a estabilidade, ou seja, a vedação a dispensa sem justa causa, na medida de que esta, somente poderia ocorrer mediante apuração de falta.

Ou seja, a lei n.62, que segundo Arion Sayão Romita⁵⁶, tratava-se de legislação que regulava tão somente a extinção contratual, ampliou a todas as categorias de trabalhadores que atendesse a condição dos dez anos de serviço, a estabilidade no emprego, não estando mais restrita aos empregados ferroviários.

Assim sendo, a promulgação destas legislações, indubitavelmente, culminaram na criação e promulgação da Consolidação das Leis Trabalhistas, em 1943, regulando ainda mais a fundo, a proteção a relação de emprego.

3.3.2 Estabilidade Decenal

O antigo regime celetista, quando esta fora criada em 1943, trazia em seu art. 492 aquilo que passou a ser comumente chamada de estabilidade decenal,

⁵⁵ ROMITA, Arion Sayão, Proteção contra a despedida arbitrária, *in*: CARRION, Valentin (Coord.) Trabalho & Processo, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 23

⁵⁶ *Ibidem*, *loc. cit.*

representando uma forte barreira ao rompimento desmotivado do contrato de trabalho.

O referido instituto, por se tratar de estabilidade, representa uma proteção jurídica contra a despedida imotivada de caráter permanente, ou seja, ela acompanha o trabalhador durante todo o contrato de trabalho, a sua perda implica necessariamente na perda também do emprego.

A Consolidação das Leis Trabalhista assegurava a todo e qualquer trabalhador, com exceção somente daqueles que exerciam cargo de confiança ou trabalhava em escritório de profissionais liberais, estabilidade no emprego quando se atingisse a marca de efetivos dez anos de prestação de serviços junto ao mesmo empregador.

Note-se que segundo Alice Monteiro de Barros⁵⁷ a exclusão da estabilidade decenal dos trabalhadores que exerciam cargo de confiança se justifica na medida em que “ a confiança nele depositada poderá deixar de existir em face de motivos imponderáveis, quase imperceptíveis a terceiros.”

Desta maneira, ao alcançar dez anos de emprego, o trabalhador não poderia ser dispensado imotivadamente, trata-se, portanto, de um claro e inequívoco instituto a favor da proteção das relações de emprego, impedindo o direito potestativo de dispensar, vez que o trabalhador, somente poderia ser despedido caso viesse a cometer alguma falta grave, dando ensejo assim à justa causa devidamente apurada mediante ação judicial denominada de inquérito para apuração de falta grave.

Paralelamente a isto, a CLT ainda regulamentou a viabilidade da dispensa imotivada para aqueles que ainda não possuíam dez anos de emprego. Note-se que juridicamente falando, esta era plenamente possível, vez que autorizado pelo próprio ordenamento jurídico, no entanto, economicamente falando, a dispensa imotivada dos empregados com tempo inferior a dez anos revelava-se inviável, na medida em que o empregador deveria arcar com uma indenização vultosa, resultado da multiplicação do maior salário do empregado pelos anos de serviço prestado junto ao empregador.

⁵⁷ BARROS, Alice Monteiro de, Curso direito do Trabalho, 8 ed, São Paulo: Ltr, 2012, p. 769

Nesse sentido, elucida o mestre Mauricio Delgado Godinho⁵⁸

Observe-se que o velho modelo não impedia, do ponto de vista estritamente jurídico, o exercício unilateral, pelo empregador, da faculdade de rompimento desmotivado de contratos inferiores a dez anos(ou nove anos, segundo a jurisprudência). Mas estabelecia significativo óbice de caráter econômico-financeiro, consubstanciado na crescente indenização por tempo de serviço, calculada à base da maior remuneração obreira por ano contratual ou fração superior a seis meses.

Ocorre que o instituto da estabilidade decenal fora alvo de inúmeras críticas por parte da classe empregadora, passando a ser objeto de fraude, vez que os empregadores a fim de evitar que o empregado atingisse a marca dos dez anos de emprego e passasse, portanto a ser detentor da estabilidade, passaram a despedir imotivadamente aqueles que já possuíam nove anos de prestação de serviço e estavam a véspera de completar o décimo ano.

Diante disso, com o fito de evitar a referida postura fraudulenta dos empregadores, a jurisprudência da época, através da já cancelada súmula 26 do TST, estendeu a referida estabilidade para aqueles que possuíam nove anos de prestação de serviço junto ao mesmo empregador.

Ocorre que, favorecido pelo regime político autoritário que se instaurou no Brasil a partir de 1964, as críticas ao antigo regime celetista se intensificaram sob o argumento de que este estaria promovendo um engessamento do mercado de trabalho, vez que não contemplava se quer as hipóteses de dispensa socialmente aceitável, qual seja, aquela fundamentada em motivo de ordem econômica, financeira e etc. Ademais, pregava-se ainda o argumento de que o referido regime favorecia os trabalhadores desidiosos na medida em que estes, certos de que não seriam despedidos não exerciam suas atividades de maneira correta.

Desta maneira, aliado a tais críticas, o país experimentava durante as décadas de 60 e 70, o período que ficou marcado pela ditadura militar no Brasil, quando, face as crises, passou-se a ter a necessidade de reduzir despesas e atrair investimentos estrangeiros, ainda que as custas da flexibilização de um dos mais importantes institutos trabalhista, qual seja, a estabilidade decenal, em uma clara imposição de uma política neoliberal.

⁵⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 13. ed, São Paulo: LTR, 2014, p. 1178.

3.3.3 O Regime do FGTS e sua universalização

Nesse contexto, buscando modificar a estrutura conferida a proteção das relações empregatícias, em 1966 foi promulgada a lei 5107, instituidora do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

Segundo o ilustre Luciano Martinez⁵⁹, o principal idealizador desta norma, Roberto Campos, em seus argumentos a favor desta não fora possível encontrar qualquer preocupação com o retrocesso que esta poderia ocasionar ao sistema trabalhista, na medida em que passou a encarar os direitos trabalhistas como algo disponível, optando-se assim pela posição doutrinária liberal, exaltando a autonomia da vontade.

O sistema do FGTS proclamava a idéia de que a proteção as relações de emprego passaria a se dar de outra maneira que não aquela prevista pelo antigo regime celetista, ou seja, a estabilidade decenal ou indenização por tempo de serviço. Em detrimento disso, passou a propor que o empregado tivesse direito a um depósito mensal de 8% do seu salário em sua conta vinculada a Caixa Econômica Federal.

Assim ensina Mauricio Delgado Godinho⁶⁰: “no modelo do Fundo, o empregado teria direito a depósitos mensais em sua conta vinculada no importe de 8% sobre seu complexo salarial mensal, incluída as médias de gorjetas.”

Note-se que quando da sua instituição, o FGTS se apresentou como regime facultativo, havia, portanto, a coexistência dos dois regimes, ou seja, em tese, o trabalhador, no momento de sua contratação, deveria, preferencialmente por escrito, optar por qualquer dos regimes, sendo eles, por obvio, excludente, ou seja, ao optar pelo FGTS o empregado, por vias obliquas, rejeitava o antigo regime celetista

Alice Monteiro de Barros⁶¹ afirma que:

Embora a Lei n.5107 de 1966(com vigência a partir de 1967), que criou o fundo de garantia do Tempo de Serviço, o tenha instituído em caráter optativo, na verdade tratava-se de uma falsa opção, pois o novo trabalhador, se não manifestasse a opção por esse novo regime, provavelmente não obteria o emprego.

⁵⁹ MARTINEZ, Luciano, Curso de Direito do Trabalho, 5.ed, São Paulo, Saraiva, 2014, p. 662

⁶⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 13. ed, São Paulo: LTR, 2014, p. 1178.

⁶¹ BARROS, Alice Monteiro, Curso de Direito do Trabalho, 8. ed, São Paulo, LTr, 2012, p. 797

Portanto, o regime do FGTS consistia no fato de o empregador depositar mensalmente o montante de 8% do salário do empregado, em conta vinculada a Caixa Econômica Federal para que no caso deste ser dispensado imotivadamente pudesse sacar a soma do referido depósito acrescido de indenização no valor de 10% do FGTS, a título indenizatório.

Desta maneira, o regime do FGTS flexibilizou a proteção as relações de trabalho, seja porque expurgou a possibilidade de o empregado adquirir a tal estabilidade decenal ou porque tornou a dispensa daqueles que não tinham adquiridos dez anos de prestação de serviço economicamente viável, na medida em que não mais se falou em indenização por tempo de serviço.

Nesse sentido Mauricio Delgado Godinho⁶²:

A sistemática do Fundo de Garantia não apenas retirou limites jurídicos as dispensas desmotivadas (no sistema do Fundo repita-se, não seria mais possível, juridicamente, o alcance da velha estabilidade celetista), como também reduziu, de modo significativo, o obstáculo econômico-financeiro as rupturas de contratos inferiores a nove/dez anos, substituindo-o pela sistemática pré constituída dos depósitos mensais do FGTS.

E desta maneira, indubitavelmente promoveu uma maior liberalização do mercado de trabalho no país quando contraposto ao regime celetista, na medida em que permitiu uma mercantilização da força de trabalho, tendo em vista que de acordo com o modelo fundiário, as relações de trabalho tornaram-se mais vulneráveis, o que sem duvidas, criou uma maior rotatividade dentro do âmbito das relações de emprego.

No entanto, conforme será mais bem apurado a frente, o preço que a sociedade paga em razão da instituição do regime do FGTS é alto e não compensa, vez que este, se quer assegura a vedação a dispensa arbitrária, tornando as relações empregatícias algo extremamente frágil.

Em 5 de Outubro de 1988 com a promulgação da constituição cidadã, o cenário da extinção contratual no Brasil sofreu significativas mudanças, a começar pela universalização do FGTS.

⁶² DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 13. ed, São Paulo: LTR, 2014, p.1179.

Ou seja, a partir de 1988 o FGTS que antes se apresentava como um regime facultativo passa a figurar como regime obrigatório a todos os empregados, com exceção somente dos domésticos, e desta maneira, por vias obliquas, eliminou o antigo sistema celetista que conferia indenização proporcional ao tempo de serviço e estabilidade decenal.

Assim, com a superação do regime celetista, todos os contratos de trabalho firmado após 5 de outubro de 1988 passaram a ser guiados pela lógica do FGTS, respeitando-se obviamente o direito adquirido daqueles contratos firmados anteriormente a esta data.

Assim Luciano Martinez⁶³ explica que os trabalhadores que tiveram seu contrato de trabalho celebrado em data anterior a da promulgação da CF/88, ao serem despedidos, estariam em situação híbrida, e assim fariam jus tanto à indenização proporcional ao tempo de serviço, bem como aos depósitos do FGTS feitos posteriormente a promulgação da CF/88.

A mesma sorte estaria reservada para aqueles que á época da promulgação da CF/88 já tivessem adquirido a estabilidade decenal, fazendo jus também ao recolhimento do FGTS.

Note-se que mais uma vez, segundo Luciano Martinez⁶⁴: “os empregados poderiam realizar opção retroativa a data de admissão, inclusive se estáveis.” Logo, mesmo aqueles que já tivessem a sua relação de trabalho protegida pela estabilidade decenal, caso quisesse migrar, de maneira retroativa para o regime do FGTS, assim poderia fazer.

A substituição do regime celetista pelo FGTS ao revés do que muitos pensam, não significa uma vitória do empregado, mas sim uma conquista do empregador, que se viu livre de um compromisso rígido pela preservação da relação de emprego, assumindo um regime no qual esta preservação encontra-se mitigada.

4 PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DA CONVENÇÃO 158 DA OIT.

4.1 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL: Art. 7, Inciso I da CF/88.

⁶³ MARTINEZ, Luciano, Curso de Direito do Trabalho, 5.ed, São Paulo, Saraiva, 2014, p. 663

⁶⁴ *Ibidem*, p. 664

E assim, ao tornar universal o regime do FGTS, o legislador constituinte, através da política do “morde e assopra”, em seu art. 7, inciso I, instituiu preceito normativo favorável a proteção das relações empregatícias, na medida em que este veda a despedida arbitrária ou sem justa causa.

Estipula que é direito de todo trabalhador uma relação empregatícia protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, conforme, redação *ipsis litteris* do referido artigo⁶⁵, vejamos:

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;

Desta maneira, o legislador constituinte de 1988, assegurou, ao menos em texto, a todos os trabalhadores uma relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa representando, deste modo, uma limitação do direito patronal de despedir.

Conforme redação do texto constitucional, aquele que viesse a sofrer a referida despedida injusta ou arbitrária faria jus a indenização compensatória dentre outros direitos, condicionando, no entanto, a sua eficácia a existência de lei complementar, o que, indubitavelmente fadou a referida proteção às relações de emprego ao fracasso.

Inicialmente, cabe destacar a intenção do legislador em utilizar os termos “despedidos arbitrária” e “despedida sem justa causa”, vez que, como é sabido por todos, não se presume que a constituição traz palavras inúteis, e assim, estas devem se diferenciar substancialmente.

Ao revés do que pensa o mestre Arion Sayão Romita⁶⁶ quando disse que “ poderia também afirmar-se que a expressão é pleonástica, pois a despedida sem justa causa constitui modalidade de despedida arbitrária”, essas expressões são autônomas e possuem significado distintos.

⁶⁵ BRASIL, Constituição Federal de 1988, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 nov. 2013

⁶⁶ ROMITA, Arion Sayão, Proteção contra a despedida arbitrária, *in*: CARRION, Valentin (Coord.) Trabalho & Processo, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 27

Nesse sentido, o ex-presidente do TRT/Belém, Arthur Francisco Seixas dos Anjos⁶⁷ ao se referir ao art. 165 da CLT, que trata dos membros da CIPA declarou que “ O aludido dispositivo declara o que se deve entender por despedida arbitrária, isto é, a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.” Veja-se⁶⁸:

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.

Parágrafo único - Ocorrendo a despedida, caberá ao empregador, em caso de reclamação à Justiça do Trabalho, comprovar a existência de qualquer dos motivos mencionados neste artigo, sob pena de ser condenado a reintegrar o empregado

Donde se conclui, portanto, que o referido dispositivo define o conceito de despedida arbitrária, e assim, conclui Arthur, Francisco Seixa dos Anjos⁶⁹ “Parece-nos que a regra poderia ser aplicada nas hipóteses de despedimento arbitrário de empregados de um modo geral.”

Luciano Martinez⁷⁰ coaduna do mesmo entendimento, isto é, afirma que a dispensa imotivada, aquela sem qualquer motivação, revela-se arbitrária e por isto encontra sua conceituação no art. 165 da CLT, ao ser entendido como razoável somente aquelas dispensas que se respaldem em motivos disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Note-se que apesar de tais expressões se revelarem demasiadamente amplas, e, portanto, carecerem de um significado específico e pontual, caberá aos operadores do direito do trabalho valorá-las, obviamente, não de maneira discricionária, mas levando em consideração critérios objetivos.

Para Octavio Bueno Magano⁷¹ despedimento arbitrário é a “cessação do contrato individual do trabalho provocada direta ou indiretamente pelo empregador sem razão objetiva”

⁶⁷ SANTOS, Arthur Francisco Seixas, Dispensa Arbitrária e a teoria do abuso de direito, *in*: CARRION, Valentin (Coord.) Trabalho & Processo, São Paulo, Saraiva, 1994 p. 39

⁶⁸ BRASIL, Consolidação das Leis Trabalhistas, Renato Saraiva, Aryanna Manfredini, Rafael Tonassai, São Paulo, Método, 2014, p. 144.

⁶⁹ SANTOS, Arthur Francisco Seixas, *op.cit.* 1994, p.39, *et seq.*

⁷⁰ MARTINEZ, Luciano, Curso de Direito do Trabalho São Paulo, Saraiva, 2014, p. 607

⁷¹ MAGANO, Octavio Bueno, Despedimento Arbitrário, *in* CARRION, Valetin (Coord.), Trabalho & Processo, São Paulo, Saraiva, 1994, p.54

Já em relação à despedida sem justa causa, esta não goza de maiores discussões a seu respeito, sendo aquela que acontece sem a presença das hipóteses previstas no art. 482 da CLT e em outros dispositivos esparsos da referida legislação.

Desta maneira, tais institutos se diferenciam consideravelmente, vez que a despedida sem justa causa se relaciona com a figura do empregado, isto é, as suas hipóteses guardam íntima relação com a postura do empregado, ou seja, ela só existirá se este vier a cometer alguma das faltas graves expressamente previstas no texto legal, enquanto que a despedida arbitrária se relaciona fundamentalmente com a postura do empregador.

Deste modo, o que se pode inferir da primeira parte do preceito constitucional é que o legislador não quis proibir todo e qualquer tipo de despedida, mas tão somente aquelas que não apresentem um justo motivo ou não se fundem em razões de ordem técnica, econômica, disciplinar ou financeira.

Assim, resta-se claro que a intenção precípua do legislador constituinte foi tão somente de limitar o direito patronal de rescindir, impondo a necessidade de critérios objetivos para tanto, superando o entendimento subjetivista do referido direito patronal.

Nos dizeres de José Alberto Couto Maciel⁷²:

Creio que o que está em vigor no novo texto constitucional é a garantia no emprego, a qual, condizente com as legislações sociais mais avançadas, garante ao trabalhador o direito de continuidade do vínculo empregatício, proibindo a despedida arbitrária ou sem justa causa, mas ao contrário da estabilidade decenal, admitindo-a nas causas justas e objetivas, por decisões motivadas pelo empregador, sendo, pois, viável a dispensa mediante controle judicial de seus fundamentos.

Uma vez superada a distinção entre despedida arbitrária ou sem justa causa, parte-se para a análise do preceito secundário do referido dispositivo, no qual, se atribui como penalidade a esses tipos de despedida a indenização compensatória e outros direitos.

Salienta-se que a indenização compensatória revela-se uma medida ínfima quando contraposta com a manutenção da relação de emprego, ou seja, diante da perda

⁷² MACIEL, José Alberto Couto. A inconstitucionalidade da despedida arbitrária frente ao texto da constituição de 1988 e a conseqüente reintegração do empregado, Revista Ltr, 1999, p. 3

inestimável que é o fim do pacto laboral, uma mera indenização em dinheiro, não se revela hábil a efetivamente compensar o fim da relação empregatícia.

Ora, o empregado não possui o interesse de receber um montante indenizatório que logo chegará o fim com o adimplemento de suas obrigações ordinárias. A sua real necessidade é a manutenção do vínculo empregatício, que, por vias obliquas implica na manutenção de sua renda, propiciando a satisfação de suas despesas e desejos, a curto e a longo prazo.

Note ser este também o entendimento de Arion Sayão Romita⁷³ ao afirmar que “O recebimento de uma soma em dinheiro nunca representa para o trabalhador garantia equivalente á conservação do emprego.”

Além disso, e mais grave que isto, é o fato de que para poder assumir os altos valores indenizatórios, os detentores dos meios de produção oneram os custos empresariais, com a finalidade de repassá-los para os preços dos produtos, fazendo com que na verdade os consumidores sejam aqueles á arcar com esta indenização, que em última análise são os próprios trabalhadores, vez que só consome aquele que trabalha, trata-se, portanto, de um sistema falacioso.

Nesse sentido, o ex-presidente da OAB/RJ, Eugênio Roberto Haddock Lobo⁷⁴ afirma que a proteção as relações de emprego permanece “frustrada por uma indenização compensatória que não substitui regras que coíbam a dispensa arbitrária.” Sendo, portanto, um método insatisfatório do ponto de vista social.

Frise-se ainda que o referido dispositivo faz alusão a existência de outros direitos que não só a indenização compensatória, aliado a isto, de acordo com o supracitado art. 165 da CLT, afirma que aqueles que sofrerem despedida arbitrária farão jus também a reintegração no emprego.

Frise-se, que a reintegração revela-se como a mais adequada e compatível sanção a transgressão da proteção as relações empregatícias, vez que conforme fora narrado anteriormente, a finalidade da proteção as relações de emprego é tão

⁷³ ROMITA, Arion Sayão, Proteção contra a despedida arbitrária, *in*: CARRION, Valentin (Coord.) Trabalho & Processo, São Paulo, Saraiva, 1994, p.30

⁷⁴ LOBO, Eugênio Roberto Haddock, A dispensa Arbitrária e teoria do abuso do direito, *in*: CARRION, Valentin (Coord.) Trabalho & Processo, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 40

somente de permitir a manutenção destas sem qualquer interesse meramente econômico.

Deste modo, diante de uma despedida arbitrária, o juiz do trabalho, deve impreterivelmente dar preferência a reintegração do trabalhador e somente quando esta se revelar desaconselhável deverá determinar indenização compensatória.

No entanto, há dificuldades de ordem prática no efetivo cumprimento da decisão de reintegração, vez que esta depende exclusivamente da vontade do empregador, nesse sentido, mais uma vez o mestre Arion Sayão Romita⁷⁵:

Juridicamente a reintegração só pode ser imposta por metade: o empregado será devolvido ao espaço físico da empresa, mas, sem concordância do empregador, ele jamais será reintroduzido no ciclo produtivo. Na verdade, a reintegração não consiste em uma prestação homogênea, mas sim numa série de prestações articuladas, heterogêneas entre si.

Segundo o ilustre Arion Sayão Romita⁷⁶, o grande problema da aceitação dos empregadores no cumprimento da ordem de reintegração é o fato de ela gerar a obrigação de pagar os salários desde o momento da despedida até a efetiva reintegração, não se podendo, portanto, ansiar pelo cumprimento espontâneo.

Assim, abre-se espaço, para mais uma discussão a respeito do tema, que medidas seriam cabíveis para sancionar o eventual descumprimento da ordem de reintegração? Note-se que estes, são questionamentos, que deveriam ter sido sanados através da edição de lei complementar, cuja finalidade é exatamente detalhar o dispositivo constitucional, no entanto, o poder legislativo ficou-se inerte, fazendo com que a proteção as relações de emprego seja apenas uma promessa frívola e ineficaz.

4.1.1 A ineficácia do art. 7, I da CF/88 e sua constitucionalização simbólica.

O professor Danilo Gonçalves Gaspar⁷⁷ ao dissertar sobre o tema atribui a ineficácia do dispositivo constitucional a prática da constitucionalização simbólica, afirmando que o “art. 7, Inciso I, da Constituição Federal de 1988 é fruto da hipertrofia da

⁷⁵ ROMITA, Arion Sayão, Proteção contra a despedida arbitrária, *in*: CARRION, Valentin (Coord.) Trabalho & Processo, São Paulo, Saraiva, 1994, p.33

⁷⁶ *Ibidem*, *loc.cit.*

⁷⁷GASPAR, Danilo Gonçalves, A proteção contra a despedida sem justa causa ou arbitrária e constitucionalização simbólica, Bahia, Disponível em <<http://www.passeidireto.com/arquivo/1519958/a-protacao-contra-a-dispensa-arbitraria-ou-sem-justa-causa-e-a-constitucionalizacao-simbolica>>. Acesso em 26 nov. 2013

função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental.”

Deste modo, o exercício da função simbólica nada mais é do que a primazia da função político-ideológica em detrimento da função jurídico-normativa, ou seja, o legislador ao realizar o processo de elaboração normativa, leva em consideração os ideais políticos e ideológicos, sem, no entanto, guardar qualquer compromisso com a efetiva produção de efeitos da legislação no campo jurídico-normativo.

Em sua obra “A constitucionalização Simbólica” o Autor Marcelo Neves⁷⁸, expõe que a legislação simbólica pode assumir três objetivos, quais sejam, o de confirmar valores sociais, demonstrar a capacidade de ação do Estado e adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios, concorrendo todos, para a invariável ineficácia da legislação.

Dentre esses tipos de legislação simbólica, dois figuram como essenciais para justificar e entender a ineficácia da proteção as relações de emprego, prevista na Constituição Federal de 1988, vez que parecem se amoldar perfeitamente na intenção do Estado quando de sua produção, senão veja-se.

A primeira delas, indubitavelmente seria aquela que vislumbra demonstrar tão somente a capacidade de ação do estado, apelidada de legislação álibi, e nesse sentido Danilo Gaspar⁷⁹ afirma que:

A principal característica da legislação-álibi é o caráter secundário da produção ou não dos efeitos sociais desejados com o referido texto legal. O que importa, primariamente, é a sensação perante a sociedade de que o Estado está “satisfazendo” as expectativas dos cidadãos.

Trata-se, portanto, de lei elaborada diante de pressão e revolta social, quando da insatisfação em massa em relação a determinados fatos e acontecimentos, assim, o Estado para demonstrar a sua capacidade de agir, para incutir na sociedade a falsa crença de que este está solucionando tais problemas edita lei que na verdade, é produzida sem qualquer interesse de se tornar eficaz.

⁷⁸ NEVES, Marcelo, A constitucionalização Simbólica, São Paulo, Editora WFM Martins Fontes, 2011. p.33

⁷⁹GASPAR, Danilo Gonçalves, A proteção contra a despedida sem justa causa ou arbitrária e constitucionalização simbólica, Bahia, Disponível em <<http://www.passeidireto.com/arquivo/1519958/a-protecao-contra-a-dispensa-arbitraria-ou-sem-justa-causa-e-a-constitucionalizacao-simbolica>>. Acesso em 26 nov. 2013

Ora, é cediço que a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, se deu no mesmo momento em que a Constituição Federal de 1988 tornou universal o regime do FGTS, e, portanto, extirpou do ordenamento jurídico a já consagrada estabilidade decenal, concorrendo desta maneira para uma flexibilização na proteção das relações empregatícias. Desta maneira, pode-se imaginar que fora um momento histórico que suscitou, no mínimo, grandes debates a respeito da importância e proteção das relações de emprego.

Logo, fato incontroverso que o referido dispositivo constitucional fora criado sob influência de pressão social, em um momento em que a classe operária buscava garantir a proteção as suas relações de emprego, vez que desde 1966 o FGTS já havia sido instituído, tornando o regime celetista mais frágil, conforme já fora narrado anteriormente, e, portanto, muitos depositaram a esperança da proteção das relações de emprego na atual Carta Magna.

Portanto, irrefutável a idéia de que o texto constitucional, no que se refere a proteção as relações de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nada mais é do que uma constitucionalização álibi, ou seja, o legislador quis tão somente demonstrar a população que ele era capaz de regular aquela situação, convencendo-a que a referida disposição constitucional se revelaria como instrumento hábil para tanto, no entanto, em seu íntimo jamais teve a real intenção de tutelar a proteção das relações de emprego.

E não para por ai, Marcelo Neves⁸⁰ afirma existir ainda outro tipo de constitucionalização simbólica sendo aquela que “visa adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios.

Ora, o legislador constituinte ao proteger as relações de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa, no seu art. 7º, inciso I, atribuiu a eficácia desta norma à existência de lei complementar, que sabidamente dificilmente seria editada, assumindo assim, compromissos dilatatórios.

Não é preciso muito esforço mental para concluir que a edição desta lei complementar estaria fadada ao fracasso, na medida em que, os responsáveis para

⁸⁰ NEVES, Marcelo, A constitucionalização Simbólica, São Paulo, Editora WFM Martins Fontes, 2011. p.41.

tanto, quem sejam os membros do Congresso Nacional, são justamente aqueles que ocupam a posição de grandes empresários e, portanto, não possuem qualquer interesse na regulamentação do dispositivo constitucional.

Nesse sentido o Juiz do Trabalho Francisco Alberto de Motta Peixoto Giordani⁸¹:

a) a maioria dos congressistas é constituída de detentores de poder econômico – “manda quem pode”, e pode quem tem; b) a estabilidade reside na proibição de despedir, resultando de direito trabalhista oponível ao direito de propriedade, à absoluta disponibilidade dos que têm poder econômico, e controlam os meios de produção, sendo o trabalho o principal. Sendo assim, é fácil prever que as disposições do art. 10, I e II, consolidar-se-ão permanentemente.

Desta maneira, a edição da referida lei complementar que carrega consigo a promessa de tornar eficaz a proteção das relações de emprego, encontra forte resistência daqueles que possuem o dever legal de construí-la, vez que em sua grande maioria pertencem a famigerada burguesia, sendo assim, detentores do poder econômico.

Diante do exposto, finaliza Danilo Gaspar⁸² afirmando que:

Parece evidente que a garantia em questão foi fruto justamente desse caráter simbólico da Constituição na medida em que, à primeira vista, a partir da leitura do inciso I do artigo 7º da Constituição Federal de 1988⁵¹, pode-se imaginar que aquele dispositivo vinha, naquela oportunidade, a agasalhar uma das mais importantes lutas da classe trabalhadora: a luta pela proteção da relação de emprego.

Nos dizeres de Washington Luiz da Trindade⁸³ “o dispositivo é de eficácia contida, porque jungido a lei complementar que preverá indenização compensatória até hoje não cogitada.”

O fato é que a ausência de lei complementar regulando o dispositivo constitucional é como vista acima, arguido a toda hora por muitos em uma frívola tentativa de justificar a ausência da aplicação da proteção constitucional, como se em razão desta, o *quantum* disposto na Constituição não gozasse de qualquer força.

⁸¹ GIORDANI, Francisco Alberto de Motta Peixoto, Breves Considerações Sobre a proteção contra o despedimento arbitrário, *in*: CARRION, Valentin (Coord.) Trabalho & Processo, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 48

⁸² GASPAR, Danilo Gonçalves, A proteção contra a despedida sem justa causa ou arbitrária e constitucionalização simbólica, Bahia, Disponível em <<http://www.passeidireto.com/arquivo/1519958/a-protECAo-contra-a-dispENSA-arbitrARIA-ou-sem-justa-causa-e-a-constitucionalizacAO-simbolica>>. Acesso em 26 nov. 2013

⁸³ TRINDADE, Washington Luiz da, Os Mecanismos Reequilibradores da Despedida Arbitrária, *in*: CARRION, Valentin (Coord.) Trabalho & Processo, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 70

Ora, trata-se de argumento demasiadamente frágil vez que a despeito da inexistência de lei complementar, o ordenamento jurídico contempla outros meios idôneos a propiciar a referida proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa e que por isso, deve ser aplicada prontamente.

Primeiramente, ressalta-se a importância dos precedentes judiciais, ou seja, das decisões proferidas pelos Juízes Trabalhistas, vez de que estes estão autorizados, mesmo na ausência de leis julgarem o caso concreto fazendo-se valer de outros instrumentos hábeis para tanto, a exemplo, dos princípios trabalhistas ou até mesmo outras legislações como o código civil.

E vale lembrar aqui a já citada função normativa dos princípios, que conforme o art. 8º da CLT permite que os atuem suprimindo lacunas, funcionando assim como fonte alternativa.

Ou seja, os Juízes do Trabalho, em razão da experiência e sensibilidade adquiridas em função da prática diária, não raro proferem decisões que antecipam a própria criação das leis, e, portanto, não haveria nada de extraordinário em uma decisão judicial a favor da proteção da relação em emprego, a despeito da ausência de lei complementar.

Sendo este também o entendimento de Arthur Francisco Seixas dos Anjos⁸⁴, ao afirmar que

Consequentemente, tal como ocorreu nos casos de transferência de empregados, o Juiz Trabalhista, não está impedido de apreciar as questões que lhe sejam submetidas envolvendo despedidas arbitrárias ou sem justa causa á luz da teoria do abuso de direito.

Eugênio Roberto Haddock Lobo⁸⁵ afirma que “a magistratura trabalhista, independente de regulamentação do art. 7, I, da Constituição Federal, tem o dever de encontrar formulas jurídicas que impeçam a dispensa arbitrária.”

4.1.2 A teoria do abuso de direito e a despedida arbitrária

⁸⁴ SANTOS, Arthur Francisco Seixas, Dispensa Arbitrária e a teoria do abuso de direito, *in*: CARRION, Valentin (Coord.) Trabalho & Processo, São Paulo, Saraiva, 1994 p. 38.

⁸⁵ LOBO, Eugênio Roberto Haddock, A dispensa Arbitrária e teoria do abuso do direito, *in*: CARRION, Valentin (Coord.) Trabalho & Processo, São Paulo, Saraiva, 1994, p.41

Dentre as possíveis fórmulas jurídicas, os defensores da imediata proteção as relações de emprego defendem a tese do abuso de direito, previsto no art. 160, I, do antigo Código Civil de 1916 e no art. 187 do atual Código Civil de 2002.

De acordo com o art. 187, CC/02⁸⁶ “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Para Eugênio Haddock⁸⁷ o abuso de direito se caracteriza pela prática anormal, anti social do direito, ou seja, aquele direito que quando exercido exorbita os limites a ele impostos, ferindo valores outros, como a moral e os bons costumes.

Assim, de acordo com a teoria civilista o abuso de direito nada mais é do que o exercício abusivo, desmesurado de um direito que a priori se apresenta como lícito, mas que, quando do exercício exacerbado, torna-se ilícito. De acordo com Arthur Francisco Seixas dos Anjos⁸⁸ “a prática anômala do direito implica uma ilicitude, e, portanto, o abuso de direito insere-se entre os atos ilícitos.”

E assim sendo, admite-se que a rescisão contratual é direito legal do empregador e sobre isso, não pairam dúvidas, no entanto, *contrário sensu*, não se trata de um direito potestativo, que não admite contestação, vez que se o seu exercício ferir os limites econômicos e sociais a ele impostos, será considerado abusivo, e, portanto, passível de nulidade.

Para a estudante Juliana Reis Santos⁸⁹:

Diante do agigantamento da tecnologia e diminuição dos postos de trabalho, não pode admitir-se que os empregados sejam despedidos de sua única fonte de sustento, simplesmente para permitir a contratação de outro trabalhador com salários menores, já que tal conduta afigura-se como abuso de direito.

Desta maneira, é importante defender a imposição de critérios objetivos para o despedimento, vez que o subjetivismo ou o arbítrio de tal medida, caracteriza indubitavelmente o abuso de direito.

⁸⁶ BRASIL, Código Civil de 2002, Vade Mecum, 15.ed, São Paulo, Saraiva, 2013.

⁸⁷ LOBO, Eugênio Roberto Haddock, *op. cit.* 1994, p. 42

⁸⁸ SANTOS, Arthur Francisco Seixas, Dispensa Arbitrária e a teoria do abuso de direito, *in*: CARRION, Valentin (Coord.) Trabalho & Processo, São Paulo, Saraiva, 1994 p. 38

⁸⁹ Monografia de Juliana Reis Santos A convenção 158 da OIT frente ao ordenamento jurídico e a realidade social brasileira., 2010. p. 2

Arthur Francisco Seixas dos Anjos⁹⁰ conclui que:

Esse abuso ganha maior intensidade quando o empregador despede seu empregado para aplicar os recursos salariais, que a ele seriam destinados, nas múltiplas opções de investimentos, tais como aquisição de dólar, fundos de renda fixa, de ações, commodities, cujos rendimentos tentam irresistivelmente o capital.

Assim sendo, ao atribuir o conceito de despedida arbitrária a aquela que não se fundar em motivos técnico, econômico, financeiro e disciplinar o legislador está tão somente conferindo limites objetivos ao ato de despedir, ou seja, impedindo o empregador de se valer de motivos fútil, de foro íntimo ou banal para por fim ao pacto laboral, sob pena deste ato ser considerado nulo, face a sua abusividade.

Arthur dos Anjos⁹¹ lembra ainda que a propriedade privada não se destina tão somente ao acúmulo de riquezas para o seu proprietário, esta exerce também importante função de caráter social, particularmente para aqueles que com a força de trabalho cooperam para a sua prosperidade, e sendo assim, garanti-lhes a imposição de causas objetivas para o fim do pacto laboral é no mínimo questão de justiça social.

A tese do abuso de direito não é novidade dentro do direito jus trabalhista na medida em que em outros momentos já se pode observar a magistratura trabalhista aplicando-a, a exemplo dos casos em que o empregado fora transferido para localidade diversa daquela acordada no contrato de trabalho.

Nesses casos, o art. 469 da CLT afirma que as transferências estarão autorizadas em caso de necessidade, devendo o empregador rigorosamente fazer prova desta, sob pena, de a transferência ser considerada abusiva e, portanto, passível de anulação.

Tal entendimento fora sumulado pelo TST no Enunciado nº 43 o qual afirma que será considerada abusiva a transferência do empregado sem comprovação da necessidade do serviço.

⁹⁰ SANTOS, Arthur Francisco Seixas, *Dispensa Arbitrária e a teoria do abuso de direito*, in: CARRION, Valentin (Coord.) *Trabalho & Processo*, São Paulo, Saraiva, 1994, p.38

⁹¹ *Ibidem, loc. cit.*

E em razão disto, Eugênio Haddock⁹² afirma que:

“Os magistrados trabalhistas, arrimados na teoria do abuso do direito, poderão exigir que os empregadores, ao dispensarem seus empregados, provem a real necessidade da rescisão de seus contratos de trabalho, sob pena de ser tido o ato demissório como ilegal e nulo de pleno direito, até que, por lei complementar seja regulamentado o inciso I do art. 7º da vigente Constituição Federal.

Logo, não há como prosperar o argumento de que em razão da ausência de lei complementar a proteção a despedida arbitrária não goza de eficácia, tendo em vista os mais diversos meios hábeis a conferir a referida proteção.

Ademais, mesmo que nenhum dos meios apresentados aqui seja aceitos como instrumentos capazes de proteger as relações empregatícias, mesmo que se afirme que eles não gozam de efetiva aptidão para proteger a relação de emprego, ainda assim, esta restaria resguardada, e, portanto, apta a produzir seus efeitos, face o amparo da Convenção 158 da OIT.

O referido diploma internacional aprovado pelo Brasil confere ampla proteção as relações de emprego, vedando, outrossim, a despedida arbitrária ou sem justa causa, inclusive disciplinando o seu conceito e logicamente, trazendo meios ao seu combate.

4.2 CONVENÇÃO 158 DA OIT.

De acordo com a lógica da internacionalização, o direito do trabalho, passa a ser também alvo de questionamentos internacionais, haja vista a sua íntima relação com valores humanos, a exemplo da afamada dignidade da pessoa humana, vez que a preservação de padrões minimamente adequados da relação de emprego, representa, por vias oblíquas, a preservação a vida digna.

Dentro desse contexto, e conforme afirma Gleydson Gonçalves Nazareth⁹³, buscando “a erradicação de relações de trabalho que gerem miséria, injustiça e privações e a existência de uma concorrência internacional que não obstaculizasse

⁹² LOBO, Eugênio Roberto Haddock, A dispensa Arbitrária e teoria do abuso do direito, *in*: CARRION, Valentin (Coord.) Trabalho & Processo, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 44

⁹³ NAZARETH, Gleydson Gonçalves. As convenções e recomendações de direitos humanos da OIT e sua aplicação no Direito brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, 2010, Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17891>>. Acesso em: 26 maio 2014

a melhoria das condições sociais dos trabalhadores”, em 1919 fora criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Portanto, com o fito de regulamentar as relações de trabalho em nível mundial, com maior afinidade aos temas mais polêmicos da seara trabalhista, a OIT fora criada e passou a se valer das convenções e recomendações para tanto, as quais se consolidam como principais fontes do Direito Internacional do Trabalho.

Nesse sentido, as convenções internacionais da OIT conforme Amauri Mascaro Nascimento⁹⁴ se destinam “a constituir regras gerais e obrigatórias para os estados deliberantes, que as incluem no seu ordenamento interno, observado as respectivas prescrições constitucionais.”

Assim sendo, tendo em vista que o tema relacionado à proteção de emprego sempre despertou as mais diversas controvérsias no mundo, figurando como uma das matérias centrais do Direito Internacional do Trabalho, a OIT editou a Convenção 158, que versa de maneira minuciosa a respeito da vedação a dispensa arbitrária, estipulando como regra geral a imposição de critérios objetivos para dispensa.

Neste diapasão, a convenção 158 da OIT fora produzida no ano de 1982, na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, passando a entrar em vigor no plano internacional no ano de 1985, fortemente influenciada pela realidade indesejada das relações de emprego vivenciadas ao redor do mundo, principalmente em função de razões econômicas e tecnológicas presentes em determinados países, propiciando a precarização das referidas relações empregatícias.

Note-se que nos dizeres de Juliana Santos⁹⁵ “ao contrário do que muitos pensam a Convenção 158 da OIT não garante uma estabilidade incondicional ou mesmo garantia de emprego, visa apenas proporcionar segurança jurídica ao obreiro.”

Assim, a referida Convenção em seu art. 4^o⁹⁶ estipula que:

“Não haverá término da relação de emprego, 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”

⁹⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; Curso de direito do Trabalho, São Paulo, Saraiva, 2009; p. 95

⁹⁵ SANTOS, Juliana Reis, A convenção 158 da OIT frente ao ordenamento jurídico e a realidade social brasileira, 2010, Monografia (Curso de graduação em direito) – Faculdade Baiana de direito, Salvador, p.2

⁹⁶ BRASIL, Convenção 158 da OIT, art. 4, Brasília, DF: Congresso Nacional, 1996, Disponível em < <http://www.conjur.com.br/dl/convencao-oit-158.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2013

Logo, o referido instrumento normativo revela a impossibilidade de dispensa sem prévia motivação, ou seja, sem causa que lhe justifique, assim, mais uma vez, não se traduz como óbice ao direito patronal de resilir, mas tão somente impondo-lhe a necessidade de imputar causas objetivas para tanto.

E a estipulação de tais critérios objetivos fica a cargo de cada nação ratificadora da Convenção, a qual através de seus instrumentos internos deve elencar os motivos hábeis a ensejar o fim contratual, sem que haja a configuração de despedida arbitrária.

Ademais, a Convenção 158 da OIT defende ainda a obrigatoriedade de se conferir ao empregado o direito ao contraditório e a ampla defesa mesmo quando a dispensa seja fundamentada em uma das causas legalmente admitidas para o fim da relação contratual, ou seja, deve o empregado impreterivelmente ser comunicado dos motivos que deu causa a rescisão contratual e assim assegurar-lhe a possibilidade de defesa.

Segundo as palavras de Juliana Santos⁹⁷:

A garantia do direito de defesa, assegurado pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LV), somente poderá ser recusada se houver motivo razoável, como o cometimento de falta grave, conforme estabelece o art. 7º da Convenção.

Há ainda a previsão de o empregado se fazer valer de qualquer órgão neutro para recorrer de possíveis arbitrariedades cometidas pelo empregador. Em interpretação a essa possibilidade, Juliana Santos⁹⁸ afirma que “no Brasil, utilizando-se da via judicial, o trabalhador poder-se-ia valer de seu direito de ação.”

A Convenção 158 da OIT, assim como o legislador constituinte, no art. 7º, inciso I, da CF/88, estipulou como conseqüência da inobservância a proteção a relação de emprego a reintegração do trabalhador, e sendo esta desaconselhável, seja por razões de conflitos entre as partes, ou até mesmo por extinção da empresa, deve o juiz determinar o pagamento de indenização substitutiva.

Diante da fascinação do tema e talvez em uma tentativa de tornar eficaz a proteção às relações de emprego, já prevista no ordenamento jurídico brasileiro desde 1988,

⁹⁷ SANTOS, Juliana Reis, A convenção 158 da OIT frente ao ordenamento jurídico e a realidade social brasileira, 2010, Monografia (Curso de graduação em direito) – Faculdade Baiana de direito, Salvador, p.9

⁹⁸ *Ibidem*, p.8

em 1992 a Convenção 158 da OIT fora aprovada pelo Congresso Nacional Brasileiro, através do decreto legislativo de número 68, sendo em 1995 ratificada pelo Governo Brasileiro.

No entanto, somente no ano de 1996, mediante decreto de número 1.855, expedido pelo chefe do poder executivo esta passou a produzir seus efeitos em território nacional.

Desta maneira, representou nos dizeres de Antônio Álvares da Silva⁹⁹ “uma grande conquista, mas também uma grande responsabilidade para o direito brasileiro.”

Ou seja, a introdução da Convenção 158 da OIT no ordenamento jurídico brasileiro, inaugura uma era, pelo menos em tese, de grande proteção as relações de emprego, tendo em vista o seu amparo constitucional e no diploma internacional.

Trata-se, portanto, de um diploma legislativo que visa veementemente combater a arbitrariedade quando da rescisão contratual, e por isso, guarda íntima afinidade com o *quantum* previsto no art. 7, inciso I, da CF/88.

Donde pode-se concluir que, muito embora, para muitos a proteção constitucional esteja condicionada a elaboração da lei complementar cujo artigo faz menção, o mesmo não ocorre com a Convenção 158 da OIT, vez que, uma vez ratificada pelo Estado Brasileiro, esta encontra-se apta a produzir os seus efeitos de imediato, vez que se constituem como fontes do direito do trabalho.

Mauricio Godinho Delgado¹⁰⁰ afirma que:

Os tratados e convenções internacionais podem ser fonte formal do direito interno aos Estados envolvidos. Assim, irão se englobar no conceito de fonte normativa heterônoma (lei em sentido material ou sentido amplo) desde que o respectivo Estado Soberano lhe confira ratificação ou adesão-requisitos institucionais derivados da noção de soberania. No Direito do Trabalho, as convenções da OIT, quando ratificadas pelo Estado brasileiro, têm se tornado importantes fontes formais justralhista no país.

Trata-se, pois, de fontes formais heterônomas, produzidas no bojo do direito internacional e que quando ratificados pelo Estado Brasileiro passam a integrar o ordenamento jurídico pátrio, via de regra, com força de lei ordinária, ou se versarem sobre direitos humanos e tiverem sido aprovadas com *quorum* especial, integram o ordenamento jurídico com força de emenda constitucional.

⁹⁹ SILVA, Antônio Álvares da, A Convenção 158 da OIT, Belo Horizonte, Editora RTM LTDA, 1996, p.63

¹⁰⁰ DELGADO, Mauricio Godinho, Curso de direito do Trabalho, São Paulo, Ltr, 2012, p.153

Assim sendo, desde 1996, data em que a Convenção 158 da OIT entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, as relações de emprego deveriam estar protegidas contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, no entanto, diante de uma reluzente inconstitucionalidade, o referido instrumento normativo fora excluído do ordenamento jurídico pátrio, o que, mais uma vez, frustrou a expectativa dos Brasileiros em terem a manutenção do seu trabalho protegida.

De maneira exaustiva, vale lembrar novamente, que conforme Mauricio Godinho¹⁰¹, a referida proteção não possui o condão de configurar uma ofensa à liberdade individual do empregador, vez que este, é marcado pela impessoalidade.

Portanto, a referida convenção 158 da OIT, bem como o texto constitucional não representam uma vedação à dispensa, em sentido contrário, o que se defende é a vedação contra a dispensa exclusivamente arbitrária, ou seja, pautada tão somente em critérios subjetivos.

4.2.1 Processo de Ratificação

Afim de evidenciar que a referida Convenção 158 da OIT goza de plena eficácia no ordenamento jurídico brasileiro, vale ressaltar aqui o processo de ratificação pelo qual esta passou.

A aprovação das convenções, conforme Paulo Henrique Gonçalves Portela¹⁰², ocorre “no órgão central, supremo e plenário da OIT “ a Conferencia Internacional do Trabalho (CIT) e após isso, deve ser submetida as autoridades competentes, para ratificação, vez que em respeito a soberania do Estado, a adesão a um tratado depende, de maneira inequívoca, da manifestação de vontade favorável a este pelo Estado.

Salienta-se ainda que nos dizeres de Arnaldo Sussekind¹⁰³:

A vigência de um tratado no âmbito internacional constitui pressuposto essencial para que o instrumento ratificado possa ter eficácia jurídica em relação ao Estado que o ratificou. Cumpre, pois, não confundir a vigência internacional com a nacional.

Desta maneira, as convenções estipulam em seu próprio texto o início de sua vigência em relação a cada Estado que proceder a ratificação, bem como a sua

¹⁰¹ DELGADO, Mauricio Godinho, Curso de direito do Trabalho, São Paulo, Ltr, 2012, p.1126

¹⁰² PAULO, Vicente & ALEXANDRINO, Marcelo, Direito do Trabalho, Rio de Janeiro, Impetus, 2005, p. 24

¹⁰³ SUSSEKIND, Arnaldo, Direito Internacional do Trabalho, São Paulo, LTRB, 1986, p 53

entrada em vigor no âmbito internacional, que em regra, conforme Arnaldo Sussekind¹⁰⁴ ocorre doze meses após o registro de duas ratificações na RIT.

No ordenamento pátrio, a ratificação de tratados internacionais se dá mediante ato conjunto do Presidente da República e do Congresso Nacional, havendo, portanto, a necessidade de chancela do poder legislativo, conforme o disposto no art. 49, Inciso I, da CF¹⁰⁵:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

Note-se que cabe ao Congresso Nacional o primeiro contato com o texto internacional, lhe sendo imputada a responsabilidade de aprovar ou rejeitar o mesmo, sendo, portanto, imprescindível a sua autorização, sob pena de macular todo o ato. Salienta-se que a aprovação do tratado internacional pelo congresso nacional, não vincula o Presidente da República, cabendo a este, em ato discricionário, decidir pela ratificação do tratado. No entanto, a rejeição do Congresso Nacional, retira do Poder Executivo a possibilidade de ratificar o texto internacional.

Após a aprovação, o presidente do Senado emite um decreto-legislativo, ao Chefe do Poder Executivo com o fito de que este se manifeste a respeito da ratificação.

Ao Presidente da República, cabe finalizar o processo de internalização dos tratados, através da promulgação, mediante decreto, publicado no Diário Oficial da União, onde se ordena que o mesmo passe a vigorar no território nacional.

Ademais, a Organização Internacional do Trabalho dispõe que uma vez entrado em vigor no ordenamento jurídico, a Convenção só poderá ser alvo de denúncia, ou seja, o país signatário somente poderá expurgar do seu ordenamento, após dez anos do início de sua vigência, durante os doze meses subsequentes a cada decênio, senão vejamos *ipsis litteris* o que prevê a referida convenção¹⁰⁶:

Art. 17 — 1. Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção poderá denunciá-la ao expirar o prazo de dez anos, contados da data inicial da vigência da Convenção, por meio de um ato comunicado ao Diretor-Geral

¹⁰⁴ SUSSEKIND, Arnaldo, Direito Internacional do Trabalho, São Paulo, LTRB, 1986, p. 54

¹⁰⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Senado, 1988.

¹⁰⁶ BRASIL, Convenção 158 da OIT, Brasília, DF: Congresso Nacional, 1996. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/dl/convencao-oit-158.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2013

da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registrado. A denúncia somente se tornará efetiva um ano após haver sido registrada.

2. Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção e que no prazo de um ano após o termo do período de dez anos, mencionado no parágrafo precedente, não houver feito uso da faculdade de denúncia prevista pelo presente artigo, ficará ligado por um novo período de dez anos e, posteriormente, poderá denunciar a presente Convenção ao termo de cada período de dez anos, nas condições previstas no presente artigo.

Note-se que assim como se faz necessária a aprovação do congresso nacional para que um texto internacional integre a ordem jurídica interna, para que esse mesmo texto seja extirpado do ordenamento jurídico haverá, ao menos em tese, de ter também o aval do congresso nacional, donde se conclui que o ato de denúncia aos tratados internacionais é, portanto, um ato conjunto do poder executivo e do poder legislativo, muito embora, padeça de controversas tal conclusão.

Nesse mesmo sentido, Arnaldo Sussekind¹⁰⁷:

Mas se um Governo não pode ratificar um tratado ou a ele aderir sem que o mesmo haja sido previamente aprovado pelo Congresso Nacional (art. 44. n. I, da Const.) segue-se, a fortiori, que não poderá denunciá-lo, fazendo cessar sua vigência no ou para o país, independente de autorização do Poder Legislativo.

Ocorre que, apesar de ter respeitado todos os tramites legais para a sua aprovação e, portanto, para produzir os seus efeitos, a Convenção 158 da OIT fora, de maneira inconstitucional, denunciada pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso.

Ou seja, no mesmo ano de 1996, após transcorrido apenas sete meses da entrada em vigor da convenção 158 da OIT no ordenamento pátrio, de maneira inconstitucional, o então presidente da Republica, Fernando Henrique Cardoso, ofereceu denúncia a referida convenção, sem, no entanto, submeter esta decisão ao Congresso Nacional, o que coloca em pauta a constitucionalidade deste ato, vez que trata-se de questão controvertida no ordenamento jurídico.

4.2.2 Inconstitucionalidade da denúncia oferecida por FHC

Ora, a Constituição Federal de 1988 não traz nenhum dispositivo que trate expressamente a respeito da necessidade ou (ausência desta) de submeter o ato de denúncia de tratados internacionais ao crivo do Congresso Nacional, o que implica a necessidade de um processo interpretativo.

¹⁰⁷ SUSSEKIND, Arnaldo, *Direito Internacional do Trabalho*, São Paulo, LTRB, 1986, p. 57

Grande parte dos juristas que defendem a possibilidade da denúncia por ato unilateral baseia-se fundamentalmente na teoria que ficou conhecida como a teoria dos pilares, capitaneada por Clóvis Beviláqua e Francisco Rezek, que afirma que o pacto internacional apóia-se nas vontades somadas do Presidente e do Congresso Nacional, enquanto ambos concordarem, a manifestação de vontade prevalece. No entanto, se um desses dois pilares deixarem de existir, cai à vontade do estado, e, portanto, o tratado não se sustenta, vez que não pode existir nenhum tratado contrário a vontade quer do Presidente, quer do Congresso Nacional.

É nesse sentido que, tratando especificamente da Convenção 158 da OIT, Ives Gandra Martins Filho¹⁰⁸ defende a constitucionalidade do ato de denúncia oferecida por FHC, veja-se:

Em resumo e em conclusão: a denúncia da Convenção nº 158 da OIT, tornada pública pelo Decreto nº 2.100 de 20 de dezembro de 1996, constitui medida de natureza política, a respeito da qual o Poder Judiciário, acaso provocado (CF, art. 5, XXXV), deveria manter prudente comedimento. De acordo com a prática internacional generalizada e segundo reiterada experiência brasileira, essa denúncia não atenta contra qualquer preceito constitucional, em consequência, não pode ser validamente acoimada de ineficaz.

No entanto, muito embora, a Carta Magna não regulamente a denúncia de tratados internacionais, em relação a ratificação destes, ela traz expressamente a necessidade de ato conjunto do Presidente da República e do Congresso nacional. Ora, se para a celebração do tratado há a necessidade de chancela do Congresso, parece extremamente razoável que para a sua retirada também seja necessário a participação do Poder Legislativo.

O ministro Joaquim Barbosa, defensor da tese acima citada, ao julgar ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura (Contag) e pela Central Unica dos Trabalhadores (CUT) contra o referido ato do poder executivo, afirma que:

“A denúncia unilateral impõe a idéia de que a aprovação do conteúdo de uma política convencional pode ser simplesmente apagada por um gesto isolado do Poder Executivo. Reconhecer que o parlamento é árbitro de uma política convencional durante o processo de aprovação implica necessariamente que ele deve ser árbitro dessa mesma política convencional durante o processo de denúncia.”

¹⁰⁸ FILHO, Ives Gandra Martins, Efetividade do direito e do processo do trabalho, Rio de Janeiro, Elsevier, 2010, p. 112

Ademais, conforme brilhantemente fora elucidado no supracitado voto do Ministro Joaquim Barbosa¹⁰⁹, a partir do momento em que o ordenamento jurídico reconhece que os tratados internacionais são incorporados ao direito brasileiro, via de regra, com força de lei ordinária, somente se admite que estes sejam revogados por ato posterior de idêntica ou superior hierarquia. Logo, permitir que o Presidente através de ato unilateral ofereça denúncia aos tratados internacionais é reconhecer que o seu decreto possui força de lei. No entanto, de maneira paradoxal, a Constituição Federal de 1988 não admite a existência de qualquer ato com força de lei que não prescindia de intervenção do Parlamento, a exemplo das medidas provisórias.

E assim sendo, o reconhecimento da existência de um decreto-lei, torna-se algo, absolutamente descabido, carecendo de qualquer razoabilidade, ferindo os limites lógicos e constitucionais.

Ademais, ainda julgando a ADIN 1.625-3, o Ministro Joaquim Barbosa¹¹⁰ afirma que:

Se se atribui o caráter supralegal aos tratados de direitos humanos e se se reconhece à Convenção 158 da OIT o status de tratado de direitos humanos, chega-se facilmente à conclusão de que o Poder Executivo não podia, sem a intervenção do Congresso, denunciar o referido tratado. Isso porque, estar-se-ia permitindo que uma norma de grau hierárquico bastante privilegiado pudesse ser retirada do mundo jurídico sem a intervenção de um órgão legislativo. Mais que isso, estar-se-ia permitindo que o Poder Executivo, por sua vontade exclusiva, reduzisse de maneira arbitrária o nível de proteção de direitos humanos garantido aos indivíduos no ordenamento jurídico nacional. Se já é inviável pensar que seja possível a revogação de um ato com força de lei por ação apenas do Executivo, o fato de estar-se diante de um ato com força supralegal agrava ainda mais a situação.

Portanto, não teria a referida denúncia o condão de promover o efeito de extirpar do ordenamento jurídico vigente, a convenção 158 da OIT, vez que não parece gozar de qualquer constitucionalidade o referido ato do Presidente da República, tendo em vista a ausência da imprescindível chancela do poder legislativo, através do congresso nacional.

O que se percebe, portanto, é que para atender anseios de uma classe burguesa, fortemente influenciado pelos ditames do capitalismo neoliberal, Fernando Henrique Cardoso, tratou de imediatamente, ou seja, no mesmo ano em que foi aprovada, de

¹⁰⁹ BRASIL, **ADIN 1.625-3** Voto do ministro Joaquim Barbosa, 2009, p. 23, Disponível em: s.conjur.com.br/dl/voto-joaquim-barbosa.pdf.

¹¹⁰ Ibidem, p. 38

retirar do ordenamento jurídico brasileiro, a Convenção 158 da OIT, através do decreto 2.100 de 1996, o que talvez, tenha sido o diploma legal que mais se aproximou daquilo que ainda em tempos hodiernos, o legislador insiste em ser omissivo, qual seja, a lei complementar a qual o legislador constituinte em seu art.7, inciso I da CF/88 faz menção.

Com a referida denúncia, o povo brasileiro viu se esvaír a oportunidade de assegurar uma tutela efetiva ao emprego, de dar cumprimento ao texto constitucional e de alguma maneira inviabilizar a rotatividade desmedida no âmbito das relações empregatícias.

No entanto, há ainda um fio de esperança, vez que conforme supracitado, a denúncia oferecida pelo Presidente da República, fora alvo de ADIN, que tramita no Supremo Tribunal Federal (STF) desde 2009, na qual, 4 ministros já se manifestaram a respeito, tendo, destes, o Ministro Relator Mauricio Correa, juntamente com os ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa, votado pela procedência da referida ação direta de inconstitucionalidade, apenas o já aposentado ministro Nelson Jobim votou pela improcedência da referida ação. O julgamento encontra-se atualmente suspenso, em razão do pedido de vistas pela ministra Ellen Gracie.

É cediço que em função do modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil, fortemente influenciado pelo modelo Norte Americano, predomina a tesa da nulidade das leis e atos normativos inconstitucionais, ou seja, via de regra a eficácia de inconstitucionalidade é retroativa, logo, possui efeitos *ex tunc*, restabelecendo a situação *quo ante*.

Desta maneira, caso o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade do ato de denúncia do Presidente Fernando Henrique Cardoso, poderá a essa decisão atribuir efeitos *ex tunc*, fazendo com que esta decisão retroaja até o ano de 1996, quando da retirada da convenção do ordenamento jurídico e que assim, todas as despedidas arbitrárias que ocorreram durante este interstício temporal sejam declaradas nulas.

Entretanto, dado a magnitude do problema jurídico e social que isso pode provocar, é esperado e possível que Supremo Tribunal Federal adira à tese que já vem sendo utilizada em alguns casos pelo referido tribunal, qual seja, da modulação temporal

dos efeitos da declaração de nulidade de lei ou ato normativo do poder público, filiando-se assim a corrente Kelseniana da anulabilidade das leis inconstitucionais, fortemente influenciada pelo modelo austríaco de controle de constitucionalidade.

O que significa dizer que o STF ao reconhecer a inconstitucionalidade da denúncia à convenção 158 da OIT, desde que presente determinados requisitos, pode indicar o momento ideal de produção dos efeitos dessa decisão, ou seja, a partir de quando considera-se vedado a realização de despedidas arbitrárias superando a tese da retroatividade imediata.

No entanto, a declaração de inconstitucionalidade pelo STF ainda não significa a solução de todos os problemas enfrentados neste tema, vez que traria átona novamente a discussão a respeito da constitucionalidade formal da referida convenção, ou seja, levantaria novos debates a respeito da possibilidade desta suprir a exigência de lei complementar.

Ora, via de regra, os tratados internacionais ingressam no ordenamento jurídico pátrio com força de lei ordinária, ou seja, equiparam-se materialmente a elas. No entanto, através da EC 45/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da CF/88, passou-se a permitir que os tratados internacionais ingressem no ordenamento jurídico na qualidade de Emenda Constitucional, bastando para tanto, que versem sobre direitos humanos e que sejam aprovados em dois turnos, pelo quórum de 3/5 do Congresso Nacional.

E se assim fosse, a discussão a respeito da qualidade formal da Convenção 158 da OIT restaria superada, vez que esta não possuiu quórum suficiente em sua aprovação para gozar do status de Emenda Constitucional.

Contudo, em dezembro de 2008, o STF ao se posicionar quanto à hierarquia dos tratados internacionais, no julgamento do Recurso Extraordinário 349.703-1¹¹¹, que tratava de prisão civil do devedor-fiduciante passou a aderir à tese da supralegalidade, veja-se:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO

¹¹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 349703, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008.

ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (RE 349703, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675)

Note-se, portanto, que passou a se admitir a existência de tratados internacionais que gozam de hierarquia supralegal, ou seja, em um patamar superior à lei ordinária, mas inferior as normas constitucionais, para aqueles casos em que, muito embora o tratado internacional verse sobre direitos humanos, o seu quórum de aprovação seja tão somente de maioria simples.

Logo, não paira dúvidas de que a Convenção 158, caso seja reconhecido pelo STF a inconstitucionalidade de sua denúncia, passará a vigor no ordenamento jurídico pátrio na qualidade de norma supralegal e, portanto, com capacidade para suprir a exigência de lei complementar prevista no art. 7, inciso I, da CF/88

E se assim acontecer, finalmente o Brasileiro se verá diante de uma relação de emprego protegida, garantindo assim, a manutenção de seu vínculo empregatício, que em última análise representa a garantia a vida digna, vez que em tempos hodiernos, o trabalho assume a posição de principal meio de inserção social.

5. CONCLUSÃO

Encerrando o presente estudo, sem a pretensão de esgotar toda a amplitude do tema, manifesta-se aqui, através de sucinta síntese, as seguintes conclusões:

1-Ora, muito embora, tenha-se alcançado através da criação do direito do trabalho garantias inimagináveis as relações de emprego, conclui-se que ainda é crítica a situação do trabalhador brasileiro, vez que este ainda em tempos modernos, é submetido, não raro, a jornada de trabalho exorbitante, recebe salário irrisório, e principalmente, a problemática do desemprego faz-se sempre presente na vida destes.

2- No entanto, de maneira quase que diametralmente oposta, o emprego, em tempos hodiernos, se revela como principal meio de inserção social. Ou seja, os ditames do capitalismo impõem a necessidade do emprego, como instrumento crucial de se assegurar uma vida digna.

3- Logo, irrefutável, portanto, a necessidade de conferir aos trabalhadores uma proteção mais efetiva a suas relações de emprego, fazendo com que estas sejam mais duradouras, principalmente quando se tem em vista que um dos pilares da ordem econômica vigente é a própria valorização do trabalho.

4- E nesse sentido, o direito do trabalho oferece uma forte base principiológica hábil a lutar pela manutenção das relações de trabalho, seja através do princípio da continuidade das relações de emprego, que expressa com maestria todo o *quantum* defendido no presente trabalho, qual seja, a necessidade de se conferir bases mais solidas as relações de trabalho, criando óbices ao fim injustificado destas, vez que em última análise, a manutenção das relações de emprego traz benefícios a ambas as partes e, sobretudo a sociedade como um todo, vez que o desemprego não interessa a esta.

5- Seja através do princípio da norma mais favorável, que auxilia o operador do direito, em todas as esferas de poder, e principalmente na esfera legislativa, permitindo que os legisladores criem normas afastando a subjetividade no término da relação de emprego, estabelecendo critérios objetivos.

6- E por fim, através do princípio maior, o da proteção, que tem como finalidade precípua o resgate do equilíbrio que a muito fora perdido entre empregado e

empregador, criando terreno fértil para que os empregados possam lutar pela preservação de suas relações empregatícias.

7- Ademais, tal preservação pode ser buscada ainda na natureza contratual das relações de emprego, ou seja, uma vez admitido que as relações de emprego possuem natureza contratual, fica fácil perceber que diante da teoria geral dos contratos, estes não podem ser rompidos de maneira injustificável.

8- Os princípios que norteiam as relações contratuais revelam-se indispensáveis para a preservação das relações de emprego, tais como o da obrigatoriedade, da boa fé objetiva, função social e etc.

10- Conclui-se também que a supressão da estabilidade decenal representou antes de tudo uma vitória dos empregadores, vez que desde então se viram livre do compromisso de manter em seu quadro de funcionários aqueles empregados que contasse com 10 anos de serviço efetivo.

11- Nesses modos, não se pode olvidar de que a universalização do FGTS e conseqüente extinção da estabilidade decenal propiciou uma flexibilização no sistema de proteção as relações de emprego, na medida em que substituiu a rígida estabilidade por depósitos mensais acrescido de ínfima indenização quando da despedida sem justa causa.

12- Nesse sentido, ficou consignado que a previsão de vedação a despedida arbitria ou sem justa causa, no art. 7, I, da CF/88 fora uma tentativa de minimizar os efeitos da flexibilização promovida pelo FGTS.

13- Através de tal norma, diferentemente do que muitos pensam, o legislador constituinte não quis por fim ao direito patronal de resilir, mas quis tão somente impor a necessidade de critérios objetivos para tanto.

14- E é nesse sentido que se fez importante ressaltar a diferença etimológica dos termos despedida arbitrária e sem justa causa, ficando sedimentado que despedida arbitrária será toda aquela que não se fundar em motivos técnicos, financeiros, disciplinar ou econômico, nos termos do art. 165 da CLT, e despedida sem justa causa aquela que não incorrer em nenhuma das hipóteses do art. 482 da CLT.

15- Conclui-se também que o legislador constituinte ao condicionar à eficácia de tal dispositivo a existência de lei complementar, lançou mão da técnica da

constitucionalização simbólica, que em apertada síntese, significa dizer que o legislador jamais tivera a intenção de regulamentar tal matéria, mas tão somente de demonstrar a capacidade de ação do Estado, em um momento que a sociedade clamava por medidas efetivas de proteção às relações empregatícias

16- Fica evidente, portanto, que a regulamentação de tal dispositivo não pode ficar a mercê de lei complementar, em face de absoluta inércia do poder legislativo em editá-la, e é nesse sentido que se revela necessário voltar os olhos para a Convenção 158 da OIT, na medida em que se revela importante instrumento de proteção as relações de emprego.

17- É certo que a referida Convenção 158 da OIT fora alvo de denúncia pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, no entanto, este ato parece padecer de constitucionalidade na medida em que fora feito sem a chancela do poder legislativo, ou seja, do Congresso Nacional.

18- E se assim for decretado pelo STF, por força da ADIN 1.625-3, ficará evidente que o problema da falta de regulamentação por lei complementar da proteção constitucional restará superada, vez que a Convenção 158 da OIT fará às vezes de lei complementar, dado o seu status de norma supralegal, na medida em que versa sobre direitos humanos, e, portanto, hierarquicamente superior as normas infraconstitucionais.

19- E assim, conclui-se em definitivo que no dia em que os trabalhadores gozarem de efetiva proteção á manutenção de suas relações de emprego, certamente, a sociedade experimentará dias mais felizes.

.

REFERÊNCIAS:

BARROS, Alice Monteiro, **Curso de direito do Trabalho**, 5.ed, São Paulo, LTr, 2009.

BRASIL, **Código Civil de 2002**, Vade Mecum, 15.ed, São Paulo, Saraiva, 2013.

BRASIL, **Consolidação das Leis Trabalhistas**, Renato Saraiva, Aryanna Manfredini, Rafael Tonassi, 10.ed, São Paulo, Método, 2014.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 nov. 2013

BRASIL, **Convenção 158 da OIT**, Brasília, DF: Congresso Nacional, 1996. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/dl/convencao-oit-158.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2013

BRASIL, **Tribunal Superior do Trabalho**, AIRR nº 191102201150301481911-02.2011.5.03.0148, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Brasília, DEJT, 11 Out.2013, Disponível em: < <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23048560/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-19110220115030148-1911-0220115030148-tst>>. Acesso em: 18 nov. 2013

BRASIL, **Tribunal Superior do Trabalho**, AIRR n 12393620115020434 1239-36.2011.5.02.0434°, Relator: Renato de Lacerda Paiva, Brasília, DEJT, 11 Out.2013, Disponível em <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24240551/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-12393620115020434-1239-3620115020434-tst>>. Acesso em 18 nov. 2013.

BRASIL, **Tribunal Superior do Trabalho**, Súmula 212, disponível em:< http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0212.htm> Acesso em 29 de maio. 2014

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**, Recurso Extraordinário nº 349703, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008. Disponível em < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716550/recurso-extraordinario-re-349703-rs>> Acesso em 27de Maio, 2014

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **ADIN 1.625-3**, Ministro Joaquim Barbosa, Julgado em 2009. Disponível em: <s.conjur.com.br/dl/voto-joaquim-barbosa.pdf> Acesso em 28 de Nov. 2013

CASSAR, Vólia Bonfim, **Direito do Trabalho**, 5.ed, Niterói, Impetus, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu, **Elementos de Teoria Geral do Estado**, São Paulo, Saraiva, 2007

DELGADO, Mauricio Godinho, **Curso de direito do Trabalho**, 11. ed, São Paulo, LTr, 2012.

FILHO, Ives Gandra Martins, **Efetividade do direito e do processo do trabalho**, Rio de Janeiro, Elsevier, 2010.

GASPAR, Danilo Gonçalves, **A proteção contra a despedida sem justa causa ou arbitrária e constitucionalização simbólica**, Bahia, Disponível em <

<http://www.passeidireto.com/arquivo/1519958/a-protecao-contr-a-dispensa-arbitraria-ou-sem-justa-causa-e-a-consitucionalidade> 0>. Acesso em 26 nov. 2013

GIORDANI, Francisco Alberto de Motta Peixoto, Breves Considerações Sobre a proteção contra o despedimento arbitrário, *in*: CARRION, Valentin (Coord.) **Trabalho & Processo**, São Paulo, Saraiva, 1994.

LEITE, Julio Cesar do Prado, A Garantia de Emprego na Constituição Federal, *in*: CARRION, Valentin (Coord.) **Trabalho & Processo**, São Paulo, Saraiva, 1994.

LOBO, Eugênio Roberto Haddock, A dispensa Arbitrária e teoria do abuso do direito, *in*: CARRION, Valentin (Coord.) **Trabalho & Processo**, São Paulo, Saraiva, 1994.

MACIEL, José Alberto Couto, **A inconstitucionalidade da despedida arbitrária frente ao texto da constituição de 1988 e a conseqüente reintegração do empregado**, Revista Ltr, 1999.

MAGANO, Octavio Bueno, Despedimento Arbitrário, *in*: CARRION, Valentin (Coord.) **Trabalho & Processo**, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 54

MARTINEZ, Luciano, **Curso de Direito do Trabalho, relações individuais, sindicais e coletivos do trabalho**, 4. ed, São Paulo, Saraiva. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira, Curso de Direito Constitucional, 6. ed, São Paulo, Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, **Curso de direito do Trabalho**, 24. ed, São Paulo, Saraiva, 2009.

NAZARETH, Gleydson Gonçalves, **As convenções e recomendações de direitos humanos da OIT e sua aplicação no direito brasileiro**, Jus Navigandi, Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17891>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

NEVES, Marcelo, **A constitucionalização Simbólica**, São Paulo, Editora WFM Martins Fontes, 2011.

NORRIS, Roberto; GLANZ, Aída; ANJO, Carla Goes Lopes Anjo; LOPES, Cynthia Maria Simões; TEIXEIRA, João Carlos, **Temas Polêmicos de Direito e Processo do Trabalho**, São Paulo, LTr, 2000.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo, **Direito do Trabalho**, 6. ed, Rio de Janeiro, Impetus, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo, **Contratos**, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011.

RORIGUEZ, Américo Plá, **Princípios de Direito do Trabalho**, São Paulo, Ltr. 1978.

ROMITA, Arion Sayão, Proteção contra a despedida arbitrária, *in*: CARRION, Valentin (Coord.) **Trabalho & Processo**, São Paulo, Saraiva, 1994.

SANTOS, Arthur Francisco Seixas, Dispensa Arbitrária e a teoria do abuso de direito, *in*: CARRION, Valentin (Coord.) **Trabalho & Processo**, São Paulo, Saraiva, 1994.

SANTOS, Juliana Reis, **A convenção 158 da OIT frente ao ordenamento jurídico e a realidade social brasileira**, 2010, Monografia (Curso de graduação em direito) – Faculdade Baiana de direito, Salvador.

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

SUSSEKIND, Arnaldo, **Direito Internacional do Trabalho**, São Paulo, LTR,B 1986.

TRINDADE, Washington Luiz, Os Mecanismos Reequilibradores da Despedida Arbitrária, *in*: CARRION, Valentin (Coord.) **Trabalho & Processo**, São Paulo, Saraiva, 1994,

VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de, A despedida Arbitrária e o enunciado 300 do TST, *in*: CARRION, Valentin (Coord.) **Trabalho & Processo**, São Paulo, Saraiva, 1994.