



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**RODRIGO ARAÚJO LACERDA**

**A (ANTI)JURICIDADE DA DESPEDIDA IMOTIVADA NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Salvador  
2017

**RODRIGO ARAÚJO LACERDA**

**A (ANTI)JURICIDADE DA DESPEDIDA IMOTIVADA NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de especialista.

Salvador  
2017

## TERMO DE APROVAÇÃO

**RODRIGO ARAÚJO LACERDA**

### **A (ANTI)JURICIDADE DA DESPEDIDA IMOTIVADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

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

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, 12 / 09 / 2017

## **AGRADECIMENTOS**

A Instituição de Ensino por contar com um acervo bibliotecário excelente, que foi de extrema importância para a elaboração deste trabalho, bem como aos profissionais preparados e atenciosos.

Aos meus pais, por me proporcionarem todas as condições necessárias para a confecção deste trabalho.

A minha namorada, Luana Soares, pela compreensão, paciência e pelo incentivo nas horas difíceis de angústia e cansaço.

Meu muito obrigado.

“Um homem se humilha  
Se castram seu sonho  
Seu sonho é sua vida  
E vida é trabalho

E sem o seu trabalho  
O homem não tem honra  
E sem sua honra  
Se morre, se mata”

Gonzaguinha

## RESUMO

O trabalho desenvolvido propõe-se a analisar a necessidade de edição da Lei Complementar, mencionada no art. 7º, I, da Constituição Federal, para efetiva proteção das relações de emprego em face da despedida arbitrária ou sem justa causa, fato este que é um grande problema para o país, pois acarreta grande rotatividade de mão de obra e, conseqüentemente, a precarização dos direitos trabalhistas. Para tanto, faz-se um estudo acerca dos princípios que se relacionam com a matéria, perpassando pelas modalidades de extinção do vínculo empregatício. Oportunamente, dedica-se ao estudo da proteção ao emprego no ordenamento jurídico interno, aprofundando-se, sobretudo, no art. 7º, I, da Magna Carta, bem como na Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho.

**Palavras-chave:** despedida arbitrária/sem justa causa; antijuricidade; Convenção 158 da OIT; Art. 7º, I, da C.F/88; proteção ao emprego

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	08
<b>2 PRINCÍPIOS JUSTRABALHISTAS</b>	
2.1. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO.....	11
2.2. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO.....	18
2.3. PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE.....	20
2.4. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE.....	23
2.5. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA.....	25
<b>3 CONTRATO DE TRABALHO E A EXTINÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO</b>	
3.1. CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E ELEMENTOS.....	32
3.2. FORMAS DE EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO.....	39
<b>3.2.1 Cessação do contrato pela via normal</b> .....	39
<b>3.2.2 Cessação do contrato pela via extraordinária</b> .....	39
3.2.2.1 Dissolução por rescisão.....	40
3.2.2.2 Dissolução por resolução e rescisão.....	47
<b>4 A ANTIJURICIDADE DA DESPEDIDA IMOTIVADA NO BRASIL</b>	
4.1. A CONVENÇÃO 158 DA OIT.....	61
4.2. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL .....	67
4.3. CONSEQUÊNCIAS.....	72
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	75
<b>6 REFERÊNCIAS</b> .....	78



## 1 INTRODUÇÃO

Atualmente, no sistema capitalista de produção, tal como ocorre no Brasil, o emprego possui importância fundamental, pois é o principal instrumento de inserção social, bem como da garantia de subsistência das famílias pátrias, sendo, portanto, umbilicalmente ligado com a própria dignidade da pessoa humana.

Não por outra razão que o próprio texto constitucional estabelece uma grande relevância ao trabalho, em um contexto normativo que privilegia o indivíduo em detrimento do capital.

O art. 7º, I da Magna Carta veda a despedida arbitrária ou sem justa causa, contudo, segundo entendimento da doutrina dominante, tal norma jurídica fora condicionada à edição de Lei Complementar para regular a matéria.

Entretanto, até a presente data, transcorridos quase 03 (três) décadas de vigência da Constituição Cidadã, o Poder Legislativo permanece inerte, de modo que a despedida imotivada é a forma mais corriqueira de cessação do vínculo empregatício.

Destaca-se que, embora seja a mais habitual, a despedida arbitrária ou sem justa causa é a mais prejudicial. Isto porque, provoca uma maior rotatividade da mão de obra e, conseqüentemente, uma precarização dos direitos trabalhistas, de forma a atender somente aos interesses do capital e não aos coletivos.

Em razão da importância de se conferir uma efetiva proteção às relações de emprego, a matéria também é tratada, em nível internacional, pela Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que proíbe a despedida imotivada, dispondo que deve haver uma justificativa socialmente aceitável para pôr fim ao contrato de trabalho.

A mencionada Convenção fora ratificada pelo Brasil, ingressando no ordenamento pátrio na qualidade de Lei Ordinária, motivo pelo qual parte considerável da doutrina defende que o diploma internacional não pode regular o art. 7º, I da Magna Carta, pois a própria Constituição reservou a matéria para Lei Complementar.

Não obstante, logo após o início da vigência da Convenção no ordenamento interno, o Presidente da República, através de ato unilateral, a denunciou. Entretanto, em virtude de irregularidades na denúncia, tal ato fora objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ainda em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

A relevância do presente trabalho monográfico é demonstrar que, embora pendente a edição da Lei Complementar referida no art. 7º, I da Lei Maior, o ordenamento jurídico nacional possui mecanismos aptos e capazes de promover a defesa e preservar as relações de emprego contra a despedida arbitrária, de modo a tutelar os interesses sociais em detrimento dos interesses privados da classe empresarial.

O presente estudo está estruturado em 03 (três) capítulos de desenvolvimento do raciocínio.

Inicia-se com a enumeração de princípios justralhistas que se relacionam diretamente com o assunto, pois é indispensável que haja pleno conhecimento do conteúdo principiológico, vez que estes são as diretrizes interpretativas.

O trabalho segue com um capítulo específico acerca das modalidades de extinção do contrato de trabalho segundo a classificação adotada pela doutrina nacional. A abordagem deste tema é relevante, pois o art. 7º, I da Magna Carta e a Convenção 158 da OIT, tratam somente da despedida arbitrária ou sem justa causa, sendo, portanto, imprescindível saber distingui-las das demais formas de cessação do vínculo empregatício.

No último e principal capítulo, é feito um estudo da Convenção 158 da OIT e do art. 7º, I da Lei Maior, dispositivos estes que protegem a relação de emprego e vedam a despedida arbitrária ou sem justa causa. É abordado, dentre outras questões, a compatibilidade da Convenção com o ordenamento interno, a inconstitucionalidade de sua denúncia e a aplicabilidade imediata do art. 7º, I da Constituição Cidadã, independente da promulgação da Lei Complementar.

## 2 PRINCÍPIOS JUSTRABALHISTAS

Inaugura-se o presente trabalho monográfico trazendo uma breve exposição acerca de princípios relevantes para a melhor compreensão da (i)legalidade da dispensa arbitrária no ordenamento jurídico pátrio.

Humberto Ávila (2012, p. 41) expõe que os princípios são:

Normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção.

Pontua-se que, no atual ordenamento jurídico, é crescente a utilização de princípios como fundamento das decisões judiciais, sendo de extrema importância que os operadores do direito tenham domínio sobre a matéria.

Acredita-se que essa maior utilização de princípios nos tempos atuais ocorre em virtude do caráter mais abstrato dessas normas quando comparadas com as regras. Isto porque, um sistema composto só por regras é extremamente engessado e incapaz de acompanhar a evolução das relações sociais.

A título de exemplo, tem-se que a Consolidação das Leis Trabalhistas fora editada em 1943, portanto, em um contexto social bastante diferente e com relações de trabalho bem distintas das atuais. Assim, não fosse a existência dos princípios, as regras seriam insuficientes para promover a pacificação social em razão do surgimento de inúmeras situações não regulamentadas.

Diante disso, pode-se afirmar que os princípios são também utilizados como fontes alternativas para suprir lacunas da legislação, conforme expressamente previsto no art. 8º da CLT.

Todavia, isto não significa que os princípios são hierarquicamente superiores, afinal, as regras também são essenciais no ordenamento jurídico, pois promovem a segurança jurídica do sistema.

Entretanto, se houver conflito entre uma regra e um princípio, embora não haja hierarquia entre eles, devem prevalecer os princípios em virtude da sua carga valorativa, axiológica (NASCIMENTO, 2014, p. 468).

Deste modo, conclui-se que regras e princípios se complementam no sentido de que tenhamos um ordenamento que é capaz de solucionar novas realidades, sem, contudo, ferir a segurança jurídica.

Tecidos estes esclarecimentos preliminares, cabe analisar os princípios específicos da esfera trabalhista, que são verdadeiros vetores interpretativos das regras que regem as relações de emprego.

## 2.1. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

É fato notório que a maioria das relações de emprego são marcadas pela hipossuficiência do obreiro em face do empregador, até porque a subordinação é um dos requisitos necessários para configuração desta relação jurídica. Assim, pode-se afirmar que a relação travada é extremamente verticalizada.

Em razão dessa desigualdade entre as partes, anteriormente, se observava a exploração exacerbada e desmedida dos trabalhadores, com jornadas de trabalho excessivas, péssimas condições no ambiente de trabalho, baixos salários, *etc.*, o que motivou e acarretou o surgimento do Direito do Trabalho.

Tais condições degradantes não podiam persistir, de modo que se demonstrava indispensável a intervenção estatal para restringir a autonomia de vontade das partes, com o fito de frear a ânsia capitalista dos empresários e assegurar um mínimo existencial para os empregados.

Assim, surgiu o princípio da proteção que tem por finalidade promover um equilíbrio na relação travada entre empregado e empregador, de modo a tentar igualar a relação existente, ou ao menos, reduzir a desigualdade.

Acredita-se que por tal motivo Américo Plá Rodriguez (2000, p. 40) leciona que: “O princípio da proteção é o princípio por excelência do direito do trabalho”.

Confirma a lição acima transcrita o fato de a doutrina apontar o princípio da proteção como o núcleo essencial do direito do trabalho, que serve como base jurídica para elaboração de todo o sistema da justiça especializada, tendo em vista que as normas visam a proteção do obreiro em detrimento do capital.

Nesse sentido a doutrina de Américo Plá Rodriguez (2000, p. 42):

*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.*

Deste modo, pode-se concluir que constatada a desigualdade na relação entre obreiro e empregador, o Poder Legislativo, baseado no ideal aristotélico de igualdade (tratar desigualmente os desiguais na medida da desigualdade), interveio na relação em favor da parte vulnerável, qual seja, o trabalhador.

Em outras palavras, o ordenamento jurídico criou um sistema de proteção do empregado em face dos interesses do capital, conferindo uma maior importância jurídica à pessoa física em razão de sua maior fragilidade na relação. Ou seja, com o intuito de compensar a superioridade econômica do empregador, a legislação concedeu superioridade jurídica ao obreiro.

Por tal motivo, o empresariado sustenta que o ordenamento jurídico atual é extremamente favorável ao trabalhador e, por consequência, prejudicial ao empregador, pois o sistema onera demasiadamente as empresas com obrigações e deveres dos mais diversos, que por vezes impedem o crescimento econômico e a própria continuidade da atividade exercida.

Nesse aspecto, em breve digressão, convém registrar que atualmente tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 6.787/2016 que trata sobre a reforma da legislação trabalhista. Um dos pontos centrais do projeto é a previsão de supremacia do

negociado sobre o legislado, ou seja, visa conferir uma maior autonomia de vontade as partes integrantes da relação de trabalho.

O grande imbróglio atual na questão trabalhista é a dificuldade de se atingir um equilíbrio entre os anseios da classe empresária e a flexibilização da legislação que rege a matéria, sem que isso acarrete em retrocesso social, em que o capital se sobreponha ao ser humano (BARROS, 2012, p. 184).

Retornando ao cerne do presente tópico, digno de nota que o princípio protetor não tem qualquer aplicação nas relações coletivas de trabalho, visto que, como nestas há intervenção da entidade sindical, a desigualdade existente entre obreiro e empregador desaparece, restando, portanto, equilibrada. (MARTINEZ, 2013, p. 106).

Não por outra razão, o próprio art. 7º da Constituição Cidadã permite o aviltamento das condições de trabalho mediante negociação coletiva.

O princípio estudado, por ser a pedra fundamental do ordenamento jurídico trabalhista, origina outros postulados principiológicos. Segundo a classificação proposta por Américo Plá Rodriguez, seguida pela doutrina majoritária, derivam do princípio da proteção os seguintes: princípio da norma mais favorável, da condição mais benéfica e *in dubio pro operário*.

Em corrente minoritária, o autor Maurício Godinho Delgado (2016, p. 201) discorda da classificação adotada pelo jurista estrangeiro, sob o argumento de que o princípio protetor é muito mais abrangente e por isto abarca muitos outros princípios que visam a proteção do obreiro, tal como o da imperatividade das normas trabalhistas.

Entretanto, apenas para fins didáticos e por se tratar da corrente majoritária, seguida em nosso ordenamento por nomes como Luciano Martinez e Alice Monteiro de Barros, dentre outros, o presente trabalho adotará a classificação proposta por Américo Plá Rodriguez. Passemos a uma breve exposição sobre os princípios que emanam do da proteção.

O princípio da **norma mais favorável** determina que na hipótese de existir mais de uma norma jurídica vigente que regulamente a matéria, deverá ser aplicada a mais benéfica ao trabalhador, mesmo que seja de hierarquia inferior.

Embora a terminologia utilizada nos leve a pensar que a aplicação do princípio se restringe aos aspectos normativos, Luciano Martinez (2013, p.103) defende que o postulado da norma mais favorável abrange também as relações contratuais, portanto, as relações de emprego, sendo tal conclusão muito bem aceita pela jurisprudência.

O referido postulado desempenha diferentes funções que variam de acordo com o momento de sua aplicação. Explica-se.

Na fase pré-jurídica, o princípio da norma mais favorável deve servir para orientar o processo de criação da norma pelo Poder Legislativo, visando sempre a maior proteção ao trabalhador/hipossuficiente. (DELGADO, 2016, p.192)

Por sua vez, na fase jurídica, o postulado tem serventia para auxiliar na interpretação de regras que possam gerar mais de uma conclusão, ao tempo em que serve de critério para resolver conflitos entre regras. (DELGADO, 2016, p.193)

Assim, pode-se concluir que no âmbito trabalhista os critérios comuns para solução do confronto entre regras (hierarquia, cronologia e especialidade) não tem muita aplicabilidade, pois, em virtude do princípio da norma mais favorável, havendo conflito, deverá prevalecer a norma que for mais benéfica ao trabalhador.

Interessante pontuar que o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil possuem regra similar, mas menos abrangente, pois tem a função exclusiva de auxiliar na interpretação de cláusulas contratuais dúbias. Ambos os diplomas preveem que havendo dúvida na interpretação, deverá ser privilegiada a parte hipossuficiente.

Embora o princípio aparente ser da fácil aplicação, por vezes, no caso concreto, se revela complicado identificar qual é a norma jurídica mais favorável ao obreiro. Por esta razão surgiram diferentes teses para resolver eventuais imbróglios. Vejamos a doutrina de Luciano Martinez (2013, p. 130):

*Pelo **método da acumulação ou da atomística**, o aplicador da norma pinça de cada uma das fontes em confronto os itens mais favoráveis ao trabalhador, reunindo-os todos para a aplicação ao caso concreto. Como esse ato ele despedaça, atomiza o conjunto para construir outro novo, com os ingredientes de ambos. Pelo **método do conglobamento [puro] ou da incindibilidade**, ao cotejar as fontes, o aplicador da norma deve verificar qual delas, em conjunto, é a mais benéfica ao trabalhador, e preferi-la, excluindo totalmente a aplicação de outras, consideradas menos favoráveis em bloco. Esse método tem a vantagem de respeitar a organicidade da fonte jurídica, bem como as cláusulas compensatórias. Com o propósito de contemporizar os métodos da acumulação e do conglobamento [puro], surgiu uma variável intitulada “**conglobamento por institutos**”, “**conglobamento mitigado**” ou “**conglobamento orgânico**”. Por essa variável do conglobamento, o aplicador, em vez de verificar, na sua inteireza, qual o conjunto normativo mais favorável ao trabalhador, seleciona, dentro do conjunto, institutos que podem ser apreciados separadamente. É importante registrar que se entende por instituto o bloco de vantagens jurídicas que contém elementos internos pertinentes entre si, por exemplo, a jornada e o intervalo [...]*

Acredita-se que a teoria da acumulação não seja a mais apropriada, pois, ao acolher as normas mais favoráveis de instrumentos normativos diversos, ignorasse o fato de que as cláusulas mais benéficas aos obreiros somente são instituídas em face de uma contrapartida ao empregador. Assim, adotar este método seria cingir o equilíbrio negocial, de modo a promover um desestímulo à concessão de vantagens.

No mais, salienta-se que o princípio da norma mais favorável não é absoluto, uma vez que a Magna Carta (art. 7º, VI) autoriza a redução salarial através de negociação coletiva, isto porque, conforme já exposto, como há participação da entidade sindical a desigualdade entre os polos da relação trabalhista é suprimida, logo não incide o princípio da proteção/norma mais favorável (NASCIMENTO, p. 477).

O princípio da **manutenção da condição mais benéfica**, que também é fruto do princípio da proteção, estatui que as cláusulas do contrato de trabalho somente podem ser alteradas para melhorar a situação do obreiro, ou seja, é ilícita a modificação contratual que retire direitos.

Desta forma, pode-se afirmar que o referido postulado visa proteger o trabalhador de alterações que visem suprir direitos já conquistados, razão pela qual o princípio é também conhecido como inalterabilidade contratual lesiva.

Assim, em uma análise prática, eventual modificação do contrato de trabalho e/ou do regulamento da empresa, que prejudique o trabalhador, somente terá validade para os trabalhadores contratados após a alteração.

No mais, ao se fazer uma análise constitucional do postulado em estudo, tem-se que este princípio consiste na aplicação da inviolabilidade do direito adquirido nas relações de emprego.

Salienta-se que o direito adquirido, em razão de sua elevada importância, foi alçado a categoria de direito fundamental dos cidadãos (art. 5º, XXXVI da C.F/88), logo, incluído nas cláusulas pétreas, núcleo imodificável da Magna Carta.

No âmbito legal, o art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho nada mais é do que a positivação do princípio da manutenção da condição mais benéfica. Isto porque, a partir de uma simples leitura do dispositivo legal conclui-se que somente é permitida a alteração do contrato de trabalho acaso haja a concordância do empregado, contanto que a modificação não gere prejuízo ao hipossuficiente na relação. Logo, tratam-se de requisitos cumulativos, que, a inobservância, acarreta na nulidade da alteração.

Vólia Bonfim (2011, p. 144) expõem que há benefícios que são concedidos aos trabalhadores por livre e espontânea vontade do empregador, ou seja, sem qualquer previsão escrita, mas, ainda assim, constatada a habitualidade, tais benesses devem ser incorporadas ao contrato de trabalho, em virtude do princípio da primazia da realidade, e não podem mais ser supridas sob pena de violação do princípio da manutenção da condição mais favorável.

Por fim, o último princípio a ser tratado, e que também se origina do princípio da proteção, é o do ***in dubio pro operário/misero***. Este postulado informa que havendo dúvidas razoáveis acerca da interpretação de determinada norma jurídica/cláusula

contratual, deve vingar a interpretação mais favorável ao trabalhador, desde que em conformidade com o ordenamento jurídico e a *mens legis* (HORCAIO, 2008).

Convém pontuar que este princípio se diferencia do postulado da norma mais favorável, posto que aqui existe uma única norma jurídica passível de interpretação diversas e, na incerteza, se privilegia o hipossuficiente da relação. Por outro lado, a aplicação do princípio da norma mais favorável pressupõe uma pluralidade de normas aplicáveis a mesma situação. (SILVA, 2000, p. 32).

De bom alvitre registrar que o referido princípio somente tem aplicação no campo do direito material, ou seja, havendo dúvidas acerca da interpretação de determinada norma jurídica, beneficia-se o obreiro. Com isso, afasta-se a aplicação do *in dubio pro misero* no Direito Processual do Trabalho, onde vige a regra geral de distribuição do ônus da prova (art. 818 da CLT) que deriva do princípio da igualdade no tratamento das partes no processo (MARTINS, 2015, p. 72). Explica-se.

Em determinada demanda judicial ambos os litigantes fazem provas que confirmam seus argumentos e, diante disso, o magistrado, após toda a análise do conjunto probatório dos autos, permanece na dúvida. Assim, ao sentenciar o juiz deve aplicar o art. 818 da CLT e julgar o pedido de modo desfavorável a quem cabia o ônus probatório, ou seja, decide-se contra quem tinha o dever de produzir a prova, ainda que o empregado.

Isto ocorre porque a aplicação do princípio *in dubio pro operário* no campo probatório poderia corroer todo o sistema processual e provocar um enorme benefício ao empregado. Assim, não obstante a hipossuficiência do obreiro, não deve militar em seu favor a presunção de veracidade dos fatos articulados.

Luiz de Pinho Pedreira da Silva (2000, p.35), sustenta que o princípio *in dubio pro misero* também tem aplicação no campo probatório, isto porque a superioridade

patronal também se concretiza em juízo, como por exemplo, na maior facilidade de produção/obtenção das provas.

Trata-se de posição minoritária, até porque a jurisprudência no Brasil já é consolidada no sentido de inaplicabilidade do princípio na seara processual, até porque a distribuição do ônus da prova é dinâmica, cabendo ao magistrado inverter o ônus da prova quando houver grande dificuldade de sua produção pela parte encarregada (art. 765 CLT c/c art. 373, §1º CPC).

Por todas as razões acima expostas é que a doutrina aponta o princípio da proteção como o núcleo do Direito do Trabalho, pois este confere ao trabalhador, hipossuficiente na relação de emprego, uma gama de benefícios que visam atenuar a desigualdade existente. Entretanto, outros princípios justrabalhistas também são de grande relevância para o tema abordado.

## 2.2. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO

O postulado da continuidade da relação de emprego determina que a regra no ordenamento jurídico pátrio é que os contratos de trabalho sejam firmados por prazo indeterminado.

Amauri Mascaro Nascimento (2014, p. 488) aduz que o princípio da continuidade da relação de emprego aponta para uma ênfase pelos contratos de tempo indeterminado, sendo admitidos os contratos por prazo determinado somente em situações específicas.

Este princípio ainda influencia uma diversidade de normas jurídicas que se destinam a disciplinar a dispensa do trabalhador, sempre com a finalidade de inviabilizar a extinção do contrato sem justo motivo, dentre elas: o sistema de estabilidade e garantias de emprego e a sucessão trabalhista.

Convém registrar que o art. 443 da Consolidação das Leis Trabalhistas prevê expressamente as situações em que o contrato de trabalho pode ser firmado por prazo determinado. Pontua-se que não se trata de um rol taxativo, vez que há outras hipóteses tratadas em leis esparsas que regulamentam profissões específicas, como no caso do atleta e do artista profissional.

Outra situação em que há incidência do princípio da continuidade é na hipótese de redução de salário e de jornada, admitidas pelo art. 7º da Constituição Federal, desde que haja participação da entidade sindical.

Essas flexibilizações temporárias nas condições de trabalho, que acarretam na redução de direitos do obreiro, visam proteger a relação de emprego em momentos de crises econômicas, de forma a evitar um elevado número de dispensas. Ou seja, calcado no princípio da continuidade, se aceita a diminuição dos direitos trabalhistas com o intuito de preservar o vínculo empregatício (MARTINS, 2015, p. 75).

Isto porque, a manutenção da relação trabalhista provoca uma série de consequências favoráveis ao empregado envolvido, uma vez que a permanência do vínculo gera uma probabilidade de elevação dos direitos, em razão do avanço das normas jurídicas/negociação coletiva, bem como pela incorporação de vantagens ao contrato em virtude do princípio da condição mais benéfica (DELGADO, 2016, p. 212).

Além do que, na atual sistemática política e econômica, o contrato individual de trabalho se revela como a principal, e por vezes única, fonte de renda pessoal/familiar. Logo, quanto mais duradoura a relação, maior a segurança e tranquilidade do empregado ante a “estabilidade” financeira alcançada, fato este que reflete diretamente em sua dignidade como pessoa.

Outra consequência relevante do postulado em questão é de natureza processual, uma vez que a súmula 212 do Tribunal Superior do Trabalho aduz que cabe ao empregador provar a cessação do contrato de trabalho, quando negada a prestação de serviço e a dispensa, *ipsis litteris*:

*SÚMULA Nº 212 TST - DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA*

*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.*

Não obstante a extrema relevância do princípio em questão, em 1966 houve a sua flexibilização com o surgimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), inicialmente um sistema optativo que, posteriormente, com a promulgação da Constituição de 1988, se tornou obrigatório a todos os empregados e, por consequência, restou extinta a estabilidade decenal.

Em compensação, a Magna Carta previu expressamente dispositivos capazes de promover uma maior preservação das relações de emprego, dentre as quais se destaca a vedação da dispensa arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, I da CF), sendo este um limite ao poder diretivo e a autonomia da vontade do empregador, matéria que será aprofundada em momento oportuno.

Assim, nota-se que o princípio da continuidade é de suma importância, sobretudo em tempos de crise econômica e desemprego, tendo em vista que o postulado tem por objetivo preservar a manutenção do vínculo de trabalho, principal meio de inserção social e fonte de renda do brasileiro.

### 2.3. PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE DE DIREITOS

Como é cediço, as normas jurídicas trabalhistas foram conquistadas pela classe operária através de inúmeras lutas históricas ao longo dos anos. Assim, ante a dificuldade da conquista de equilibrar a relação de emprego, necessário que se criasse um mecanismo para que impedisse o obreiro de renunciar os direitos obtidos a duras penas, do contrário, através da autonomia da vontade, poderiam as partes limitar ou extinguir as vantagens e proteções oriundas do ordenamento jurídico.

Diante disso, surge o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas cujo objetivo é inviabilizar que o empregado decline/despoje dos benefícios e garantias previstas nas diversas fontes do ordenamento jurídico.

Assim, tem-se que o referido postulado visa restringir a autonomia de vontade das partes, pois não seria razoável que fosse autorizado que o empregado renunciasse aos direitos adquiridos à custa de batalhas emblemáticas, que almejam a proteção do hipossuficiente na relação.

Atualmente, os índices de desemprego são alarmantes e, assim, neste cenário é comum observar relações de trabalho em que as normas jurídicas trabalhistas não são cumpridas e que obreiro acata tal situação por receio de perder o emprego ou não ser contratado.

Por tal razão é que a Consolidação das Leis Trabalhistas, no art. 9º, prevê que “*serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar*” a incidência dos direitos trabalhistas. Trata-se da materialização do princípio em questão, que pode também ser observada no art. 444 do referido diploma normativo.

Convém registrar que, embora o princípio em questão tenha importância fundamental, este não tem caráter absoluto, tendo em vista que em casos excepcionais é permitida a renúncia, desde que abarque vantagem equivalente, nos termos do entendimento sumulado do Tribunal Superior do Trabalho, vejamos:

**Súmula nº 51 do TST**

*NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 [...]*

*II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ nº 163 da SBDI-1 - inserida em 26.03.1999)*

**Súmula nº 243 do TST**

*OPÇÃO PELO REGIME TRABALHISTA. SUPRESSÃO DAS VANTAGENS ESTATUTÁRIAS (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003*

*Exceto na hipótese de previsão contratual ou legal expressa, a opção do funcionário público pelo regime trabalhista implica a renúncia dos direitos inerentes ao regime estatutário.*

Pontua-se que embora o princípio admita exceção, no que tange as normas relativas à segurança e medicina do trabalho, pode-se afirmar que estas são absolutamente indisponíveis, isto porque há interesse público envolvido por tais normas visarem um patamar mínimo civilizatório que não podem ter a aplicação afastada por ato particular.

Maurício Godinho Delgado (2016, p. 205) advoga que a nomenclatura irrenunciabilidade não é a mais adequada para demonstrar a extensão do princípio, uma vez que a renúncia é ato unilateral, e o postulado em questão abrange também os atos bilaterais de disposição de direitos, tais como a transação, que também é vedada no ordenamento jurídico nacional.

Desta forma, indispensável que se conceitue os institutos, pois, embora ambos sejam atos de disposição de direitos, existem diferenças sutis. A renúncia consiste em ato unilateral, por meio do qual a parte abre mão de um direito do qual é certamente titular, sem que haja qualquer contrapartida pela parte beneficiado com o ato.

Por sua vez, a transação consiste em um ato bilateral, através do qual, por meio de mútuas concessões, as partes acordam direitos e obrigações sobre questões nebulosas (*res dubia*).

Noutro giro, registra-se que os direitos trabalhistas não podem ser confundidos com os créditos trabalhistas, conforme muito bem exposto por Luciano Martinez (2013, p.109):

*Perceba-se que existe uma diferença bem clara entre renunciar ou transacionar direitos e renunciar ou transacionar créditos correspondentes aos direitos. Chama-se atenção para essa distinção porque os créditos trabalhistas, notadamente quando finda a relação de emprego, não têm a mesma proteção jurídica conferida aos direitos trabalhistas.*

A partir da referida distinção, resta claro que o princípio da indisponibilidade de direitos não impede que o empregado renuncie ou transacione os créditos trabalhistas. Até porque, se fossem vedados os atos de disposição de créditos, por consequência lógica, estaria inviabilizada a conciliação na Justiça do Trabalho.

No mais, de bom alvitre pontuar que, a partir do conceito acima exposto, a renúncia não pode ser confundida com o não exercício de determinado direito. Isto porque, a renúncia exige efetivamente a prática de um ato pelo titular que acarreta na extinção do direito, enquanto que a ausência de exercício preserva o direito e faculta ao titular utilizá-lo desde que não esteja prescrito (MARTINS, 2015, p. 91).

Em síntese, o princípio da irrenunciabilidade/indisponibilidade dos direitos trabalhistas, visa resguardar e preservar a observância das vantagens e benefícios conquistados, impedindo que as partes, no exercício da autonomia da vontade, afastem a aplicação de normas jurídicas cogentes, razão pela qual este postulado se relaciona diretamente com o princípio da imperatividade das normas.

#### 2.4. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE

O princípio da primazia da realidade é de fácil explicação e aplicação. Este postulado determina que os fatos ocorridos ao longo do contrato de trabalho se sobrepõem ao instrumento escrito.

Nas palavras de Américo Plá Rodriguez (2000, p. 341): *“em matéria de trabalho importa o que ocorre na prática, mais do que aquilo que as partes hajam pactuado de forma mais ou menos solene, ou expressa, ou aquilo que constem em documentos, formulários e instrumento de controle”*.

Este princípio é de extrema relevância, pois, como é de conhecimento geral, há empregadores que na tentativa de evitar a incidência dos direitos trabalhistas, formulam contrato de natureza assemelhada e até mesmo produzem provas que não condizem com a realidade.

Assim, quando a realidade fática vem à tona, por força do disposto no art. 9º da CLT, os atos que tinham por objetivo impedir a aplicação das normas jurídicas trabalhistas são considerados nulos de pleno direito.

A título de exemplo, atualmente é o que ocorre com o fenômeno conhecido como pejetização, onde os empregadores contratam profissionais que consistem em pessoas

jurídicas para esconder a relação de emprego, sob o argumento da prestação de serviços.

Ocorre que, em razão do postulado em questão, presentes os requisitos da relação empregatícia e constatado o intuito de fraudar/burlar a incidência do direito trabalhista, caberá ao magistrado se valer do art. 9º da Consolidação das Leis Trabalhistas e, com isso, tornar nulo o contrato de prestação de serviço para que reste caracterizado o vínculo laboral.

Na seara processual, tal princípio pode ser observado no campo probatório, visto que mesmo que em um documento conste informações de um determinado contrato de trabalho, se no curso da instrução processual os fatos apurados apontarem em sentido diverso, serão privilegiados os fatos em detrimento da prova documental produzida, por força do postulado em estudo.

Deste modo, nota-se que o princípio da primazia da realidade se revela como um mecanismo de grande importância para a busca da verdade real nos litígios trabalhistas. Em outras palavras, se almeja apurar os fatos que se concretizaram, que ocorreram no plano fático, sendo de menor relevância o que fora instrumentalizado. Por este motivo, *“os fatos prevalecem sobre a forma. A essência se sobrepõe à aparência.”* (RODRIGUEZ, 2000, p. 339)

Por tal razão, incessante busca da verdade real, este postulado pode ser utilizado em desfavor do obreiro, eis que a verdade pode tanto ser favorável, como desfavorável ao empregado.

Em que pese o princípio possa se voltar contra o próprio trabalhador, inegável que o postulado se traduz em um relevante instrumento para a classe operária em razão do forte caráter protecionista que almeja evitar a ocorrência de fraudes no contrato de emprego.

## 2.5. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

O princípio da boa-fé possui duas acepções, a subjetiva e a objetiva. A boa-fé subjetiva consiste no estado de consciência/psicológico do agente que na prática de determinado ato acredita atuar em conformidade com o ordenamento jurídico. Desta forma, nessa acepção da boa-fé é considerado o ânimo/intenção do sujeito na prática da conduta, que se contrária a boa-fé, que é presumida, é considerada de má-fé.

Por sua vez, a boa-fé objetiva é uma clausula geral do direito que traça um parâmetro de comportamento a ser observado, pautado em valores socialmente recomendados, com o intuito de não frustrar a confiança da outra parte. Vejamos a conceituação proposta por Judith Martins Costa (2000, p. 411):

*[...] a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio [...]. Já por boa-fé objetiva se quer significar [...] modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em considerações fatores concretos do caso, tais como o status social e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subjuntivo.*

Assim, a partir destes conceitos, pode-se afirmar que a acepção subjetiva se refere a aspectos internos, sobretudo psicológicos, ligados diretamente ao agente, enquanto que a boa-fé objetiva diz respeito a dados externos, padrões de conduta, que apontam como o sujeito deve agir (VALTON, 2016, p.19).

Importante frisar que, embora o ordenamento legal trabalhista não faça menção ao princípio da boa-fé, é inegável a sua aplicação no ramo, haja vista que a relação de emprego é orientada por regras de comportamento e padrões éticos que exigem dos envolvidos condutas honestas, leais e probas, que inspirem confiança na outra parte.

Ademais, o mencionado princípio possui previsão expressa no art. 422 do Código Civil, que se aplica subsidiariamente ao ordenamento jurídico trabalhista por força do disposto no art. 8º, parágrafo único, da CLT, uma vez que plenamente compatível com o Direito do Trabalho.

De outro giro, a boa-fé objetiva é considerada como uma cláusula geral do sistema jurídico, ou seja, é “*uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese tática) é composto por termos vagos e o conseqüente (efeito jurídico) é indeterminado*” (DIDIER Jr., 2014, p. 02).

Assim, no que tange as cláusulas gerais, o operador do direito deve aplicá-la em consonância com os princípios constitucionais e valores éticos da sociedade, situação que diverge da maioria das normas jurídicas que são aplicadas através da técnica da subsunção, onde há a prévia tipificação da conduta e a sua consequência.

Registra-se que é de extrema importância o estabelecimento de cláusulas gerais como técnica legislativa, pois estas promovem uma abertura do ordenamento jurídico de modo a contribuir com uma maior mobilidade, evitando assim engessamento do sistema.

A boa-fé objetiva comporta a valoração da conduta que não pode ser pré-estabelecida de forma estagnada, justamente para garantir sua aplicação em diferentes períodos históricos independente de alteração legislativa, de forma que haja uma constante comunicação entre os valores sociais e a norma, conforme bem exposto por Judith Martins Costa (2002, p. 118):

*Estas janelas [...] com a realidade social são constituídas pelas cláusulas gerais, técnica legislativa que conformam o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, codificado, de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de standards, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente [...], de direitos e deveres configurados segundo os usos de tráfego jurídico, de diretrizes econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo.*

A boa-fé objetiva desempenha importantes funções no sistema jurídico. A referida cláusula geral possui aplicação tanto no momento de interpretação da norma, como impõe limites ao exercício de direitos e cria deveres colaterais aos principais.

*Como cânone hermenêutico-interpretativo, a boa-fé objetiva atua na preservação da finalidade almejada pelas partes na contratação, não permitindo que o contrato alcance objetivo oposto ou diverso daquele que seria lícito esperar. Neste campo, a boa-fé objetiva atua como interpretação flexibilizada da vontade das partes e também para preencher lacunas que se verificam na*

*relação contratual. Como **norma de criação de deveres jurídicos**, a incidência da boa-fé objetiva permite reconhecer a existência de obrigações subsidiárias, de natureza instrumental, que não se confundem com os deveres principais ou secundários da relação obrigacional, mas a ela são anexos [...]. Finalmente, como **norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos**, a boa-fé objetiva atua na condição de máxima de conduta ético-jurídica, orientada pela função social do contrato. A boa-fé objetiva, assim, apresenta-se como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, pois só assim se estará a atingir a função social que lhe é cometida. (MARZURKEVIC, p. 367).*

Expostas as funções da boa-fé objetiva, necessário que se faça alguns apontamentos sobre cada uma delas.

No que se refere a função interpretativa-integrativa, o princípio da boa-fé age para suprir as lacunas do contrato que rege a relação entre as partes, em razão de acontecimentos não previstos quando da pactuação firmada entre os contratantes, bem como para se alcançar a real intenção das partes.

Conforme expressamente previsto no art. 113 do Código Civil, as normas e os negócios jurídicos devem ser analisadas a partir da cláusula geral de boa-fé, sendo esta um parâmetro interpretativo para o aplicador do direito.

Esta função, guarda estreita ligação com a diretriz do art. 5º da LICC, segundo a qual o magistrado deve observar os fins sociais e as exigências do bem comum na aplicação da norma. (GAGLIANO e PAMPLONA, 2016, p.105).

Corroborando este entendimento, o Enunciado 26 da I Jornada de Direito Civil: “a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como exigência de comportamento leal dos contratantes”.

Acerca dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva, se faz necessário realizar uma prévia classificação das obrigações entre principais, secundárias e laterais/anexas.

Os deveres principais/primários são os que estão relacionados com o “núcleo da relação jurídica obrigacional e que definem o tipo contratual” se caracterizando como obrigação de dar, fazer ou não fazer (MEIRELES, 2004, p. 59).

Por sua vez, os deveres secundários/acessórios se destinam a assegurar o adimplemento da obrigação principal ou garantir sua execução, bem como podem estabelecer obrigações substitutivas ou complementares (VALTON, 2016, p. 54).

Por fim, os deveres anexos/laterais, oriundos da cláusula geral de boa-fé, devem ser observados em todas as relações contratuais independente da vontade das partes e consistem nos deveres de informação, assistência, lealdade, sigilo, dentre outros. (GAGLIANO e PAMPLONA, 2016, p. 106).

Ainda sobre os deveres anexos, ressalta-se que a inobservância de tais obrigações é considerada como inadimplemento contratual, denominado pela doutrina de violação positiva do contrato, e, por consequência, acarreta na responsabilidade objetiva do infrator, conforme entendimento exposto no Enunciado 24 da I Jornada de Direito Civil: *“Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”*.

Deste modo, conclui-se que para além das obrigações principais e acessórias, a relação contratual também é regida por deveres anexos, inerentes ao próprio contrato, que são de observância obrigatória e visam preservar a confiança e a lealdade na relação jurídica firmada entre as partes.

No mais, a cláusula geral da boa-fé também exerce o papel de controladora do exercício de direitos subjetivos, de modo que impede condutas que, mesmo que lícitas, violem a confiança e lealdade que devem ser observadas nas relações particulares.

A regra prevista no art. 187 do Código Civil é um dos principais exemplos utilizados pela doutrina para demonstrar a função limitativa de direitos da boa-fé, ao considerar ilícito o exercício abusivo de determinado direito. Importante consignar que caberá ao magistrado analisar caso a caso para decidir se houve desvio de direito, consistente no seu abuso e violação da boa-fé.

Portanto, pode-se afirmar que a cláusula geral da boa-fé objetiva atua no sistema jurídico também como limitadora de direitos, que, embora tenham aparência de licitude,

em razão do modo como são exercidos são considerados antijurídicos (contrários a boa-fé), logo, merecem uma resposta estatal.

Dentro dessa compreensão, de que se deve reprimir o exercício abusivo de direitos, a doutrina aponta alguns desdobramentos da boa-fé objetiva que atuam neste sentido, são eles: *venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio*, *tu quoque* e *duty the mitigate the loss*.

O *venire contra factum proprium*, cuja tradução literal significa vir contra fato próprio, reside na idéia de que as partes não podem ter comportamentos contraditórios ao longo da relação contratual.

Parte-se da premissa de que os contratantes, em decorrência da confiança existente na relação, devem agir de forma coerente, de acordo com as expectativas geradas com suas condutas. Em outras palavras, trata-se de uma regra proibitiva que veda a prática de comportamentos incompatíveis entre si.

A aplicação deste desdobramento da boa-fé objetiva pode ser observada em diversas disposições legais, dentre elas o art. 1.000 do Código de Processo Civil, que aduz que a parte não poderá recorrer se tiver praticado qualquer ato que implique na aceitação da decisão.

Por sua vez, a *supressio* e a *surrectio* são faces da mesma moeda. A primeira consiste na perda de um determinado direito em razão do seu não exercício em determinado lapso temporal, ou seja, a omissão do titular implica na extinção do direito. Isto porque, à luz do princípio da boa-fé, o comportamento omissivo do titular geraria na contraparte o entendimento de que o direito não seria mais exigível (GAGLIANO e PAMPLONA, 2016, p. 121).

Por outro lado, a *surrectio* consiste na aquisição de um determinado direito em virtude de sua prática reiterada e aceita pela outra parte, ainda que haja previsão de forma diversa.

Nota-se, portanto, que em ambos os casos, a conduta reiterada sobrepõe a regra expressa, em reverência ao primado da boa-fé objetiva, já que o comportamento repetitivo de uma parte (e, portanto, tolerado pela outra) passa a fazer parte da avença, sendo tais desdobramentos intimamente relacionados com o princípio da primazia da realidade.

Já o desdobramento doutrinariamente denominado de *tu quoque* deriva da expressão latina “Até tu, Brutus?” – célebre indagação, atribuída ao Imperador Júlio César, ao constatar que teria sido traído por Brutus, seu filho.

O referido desdobramento da boa-fé objetiva veda que uma das partes surpreenda a outra através de um comportamento inédito, de modo a romper a confiança existente e gerar um desequilíbrio na relação e, por consequência, acarretar em prejuízo a um dos contratantes.

Um exemplo da aplicação do *tu quoque* é a teoria da exceção do contrato não cumprido, que prevê que se a parte não cumpriu com sua obrigação contratual não lhe é permitido exigir que a outra parte cumpra com a respectiva contraprestação, teoria positivada no ordenamento pátrio no art. 476 do Código Civil.

O *duty the mitigate the loss* consiste na idéia de que o credor tem o dever de mitigar os próprios prejuízos, que serão eventualmente reparados pelo responsável. Neste sentido, aponta o Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil, no qual com base na boa-fé objetiva, o credor deve amenizar a majoração dos danos: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.”

Assim, acaso o credor não observe a referida obrigação imposta pelo princípio da boa-fé objetiva, de modo que permaneça inerte enquanto a prestação devida aumenta consideravelmente, este deve suportar as consequências da falta de lealdade e cooperação, de modo que o débito seja reduzido, sendo esta uma punição pelo comportamento antijurídico.

O então credor passa, portanto, a ser coautor do prejuízo do devedor – pois, com sua inércia/negligência, contribuiu para o aumento da dívida.

Em linhas finais, convém ressaltar que o princípio da boa-fé objetiva e todos os desdobramentos e deveres anexos, são aplicados durante toda relação contratual, bem como nos momentos que antecedem e até mesmo após a finalização da avença.

Neste sentido apontam os enunciados 25 e 170, da I e III Jornada de Direito Civil, respectivamente, vejamos:

*Enunciado 25 - O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.*

*Enunciado 170 - A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.*

Assim, embora o art. 422 do Código Civil não faça expressa menção a fase pré-contratual, bem como o pós-contratual, o entendimento doutrinário, já reconhecido na jurisprudência pátria, aponta para a necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva nas referidas fases contratuais.

### 3 CONTRATO DE EMPREGO E A SUA EXTINÇÃO

A doutrina majoritária defende que, atualmente, na forma em que se encontra, a relação de trabalho possui nítida natureza contratual, uma vez que nela está presente a autonomia de vontade das partes, concretizada no desejo de firmar o contrato e assim formar a relação de emprego, embora seja notória a intervenção estatal no conteúdo do acerto em razão do caráter imperativo e irrenunciável das normas trabalhistas.

Neste sentido, Alice Monteiro de Barros (2012, p. 189) advoga que *“predomina, entretanto, no nosso entendimento, a teoria contratualista, não nos moldes das teorias civilistas clássicas, mas considerando a vontade como elemento indispensável à configuração de emprego”*.

Ademais, convém registrar que a instituição dos contratos no Direito de Trabalho, a partir de uma evolução dos contratos de prestação de serviços regidos pelo Código Civil, é um marco importante deste ramo especializado da justiça, isto porque separada dois momentos históricos relevantes, quais sejam: o período da escravidão e o período do trabalho livre.

Em outras palavras, o contrato de emprego é a concretização da liberdade do obreiro e põe fim ao trabalho forçado, uma vez o trabalhador não é mais obrigado a prestar seus serviços acaso assim não deseje.

Assim, estabelecido o caráter contratual das relações trabalhistas, situado na seara do Direito Privado, indispensável que se conceitue, bem como se faça breves considerações sobre as principais características e elementos básicos do contrato de emprego para, posteriormente, tratar da extinção do contrato de emprego e suas consequências.

#### 3.1 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E ELEMENTOS DO CONTRATO DE EMPREGO

A tarefa de elaborar o conceito de contrato de trabalho ficou a cargo do próprio Poder Legislativo que o fez através do art. 422 da Consolidação das Leis Trabalhistas e o definiu como *“o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”*.

Entretanto, a partir de uma simples leitura do dispositivo legal supramencionado, nota-se a atecnia do legislador ao estabelecer o conceito, haja vista que o contrato cria a relação de emprego e não corresponde a ela. Em razão disto, o conceito legal é amplamente criticado pela doutrina nacional.

Por tal motivo, Luciano Martinez (2013, p. 152) conceitua o contrato de emprego como:

*“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”.*

Nota-se, portanto, que o mencionado jurista já traz na definição do contrato de trabalho todos os requisitos necessários para configurar a relação de emprego (pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação), sendo esta uma conceituação completa e que ajuda a distinguir esta modalidade de outras espécies contratuais, tais como a prestação de serviço, a empreitada, dentre outras.

No que tange as principais características do contrato de emprego, tem-se a (i) bilateralidade, uma vez que o contrato é firmado entre duas pessoas, o empregado e o empregador; (ii) via de regra não solene, pois a sua elaboração independe de qualquer formalidade, podendo até mesmo ser ajustado verbalmente (art. 443 da CLT); (iii) sinalagmático, vez que são previstas obrigações recíprocas e equilibradas entre os contratantes; (iv) comutativo, eis que há obrigações equivalentes e certas para ambas as partes (v) personalíssimo, haja vista que o empregado não pode se fazer substituir por terceiro, deve prestar o serviço com pessoalidade, sendo, portanto, *intuito personae*; (vi) oneroso, porque pressupõe a contraprestação por parte do empregador (remuneração); (vii) de trato sucessivo, tendo em vista que há necessidade de continuidade na prestação do serviço, não se esgotando com um ato singular; e por fim (viii) típico, porque é previsto na legislação pátria.

Por fim, reconhecida a 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 a observância dos mesmos elementos identificados pela teoria civilista, quais sejam: a presença de agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei e a livre manifestação da vontade.

Interessante registrar que a análise dos elementos que compõe o contrato de trabalho deve ser realizada somente após a configuração da relação de emprego com o preenchimento de todos os seus pressupostos (pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação).

A capacidade, nas palavras de José Augusto Pinto (2003, p.198), consiste na *“aptidão do homem para ser sujeito ativo ou passivo de relações jurídicas, isto é, para adquirir e gozar direitos e contrair e cumprir obrigações”*. Ao aplicar este conceito na seara trabalhista, conclui-se que a capacidade nada mais é do que a aptidão para exercer a atividade laborativa.

A capacidade laboral plena só é atingida com a maioridade, ou seja, inicia-se aos 18 anos de idade, conforme inteligência do art. 402 da CLT. Entre 16 e 18 anos, o jovem possui capacidade relativa, de modo que pode praticar determinados atos sem estar assistido por um representante legal, tal como prestar serviço e assinar recibos de pagamento (art. 439 CLT).

Por outro lado, para a prática de certos atos necessariamente haverá necessidade de intervenção do representante legal, sob pena de invalidade do ato, como ocorre para a celebração e rescisão do contrato de emprego.

De bom alvitre consignar que, por questões de saúde e segurança no trabalho, existem trabalhos proibidos aos menores de 18 anos, são eles a prestação de serviço no período noturno, em circunstâncias perigosas/insalubres ou capazes de prejudicar a moralidade, conforme dispõe o art. 7º, XXXIII da Magna Carta e o art. 405 da CLT.

Ainda no que tange ao jovem, registra-se que o menor de 16 anos não pode trabalhar na condição de empregado, mas somente de aprendiz, a partir dos 14 anos de idade, por força de norma constitucional.

Ademais, importante ressaltar que a capacidade do agente não depende exclusivamente de sua faixa etária, uma vez que, embora a CLT seja omissa, também são considerados relativamente incapazes aqueles que não tenham condições de exprimir sua vontade, seja por causa transitória ou permanente, conforme previsto no art. 4º do Código Civil, plenamente aplicável em razão da compatibilidade e do caráter supletivo da legislação civil (PINTO, 2013, p. 202).

Neste particular, embora o Código Civil seja aplicável, no que tange a emancipação, a doutrina defende que esta não é apta para cessar a incapacidade trabalhista, vejamos:

*“Há quem entenda que a incapacidade trabalhista cessa aos 16 anos, desde que o empregado tenha economia própria, a qual é vista como obtenção de trabalho que garanta o provimento para a sua subsistência, bem como a de sua família. [...] Outros, aos quais nos filiamos, sustentam que as disposições especiais da legislação trabalhista que disciplinam o trabalho do menor continuam em vigor, não tendo sido revogadas, sequer tacitamente, pelo Código Civil de 2002, de âmbito geral, pois aquelas derivam não apenas da incapacidade, mas de certas peculiaridades de ordem fisiológica, de segurança, de salubridade, moralidade e cultura, que justificam a proteção especial.” (BARROS, 2012).*

Neste trabalho, particularmente, entendo que a emancipação não é apta a conferir capacidade trabalhista plena, haja vista que, conforme o art. 8º da CLT, o Código Civil somente é aplicável nas hipóteses em que a CLT for omissa, o que não ocorre na matéria em questão, uma vez que há disposições expressas no referido diploma acerca do trabalho do menor. A lei civil não tem o condão de revogar a lei especial trabalhista.

Acerca do objeto do contrato de trabalho, é necessário que o mesmo seja lícito, ou seja, a atividade exercida não pode ser contrária ao ordenamento jurídico pátrio. Sobre este tema, indispensável que se estabeleça a distinção entre trabalho proibido e trabalho ilícito, pois as consequências são diversas.

O trabalho proibido é aquele em que é vedado em razão das qualidades do empregado ou em razão das circunstâncias do ambiente onde o serviço deve ser prestado, tal como o serviço noturno, em condições perigosas ou insalubres prestado pelo menor de 18 anos. Por outro lado, o trabalho é considerado ilícito quando atenta à moral e aos bons costumes, como ocorre com o jogo do bicho (MARTINS, 2015, p.117).

A partir desta distinção, convém registrar que o contrato de trabalho que possui objeto proibido é anulável, entretanto, o negócio jurídico firmado é apto a produzir efeitos. Nesse sentido, o entendimento consolidado do TST no caso do trabalho prestado pelo policial militar em atividade privada, fato este que é vedado pelas Corporações.

*Súmula 386 TST. POLICIAL MILITAR. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM EMPRESA PRIVADA. Preenchidos os requisitos do art. 3º da CLT, é legítimo o reconhecimento de relação de emprego entre policial militar e empresa privada, independentemente do eventual cabimento de penalidade disciplinar prevista no Estatuto do Policial Militar.*

Por outro lado, quando a atividade é ilícita e o empregado tem conhecimento da ilicitude, o contrato de trabalho é considerado nulo, logo, não produz qualquer efeito no mundo jurídico. Aponta nesse sentido a linha de entendimento firmado pelo TST, vejamos:

*Orientação Jurisprudencial 199 da SDI - I JOGO DO BICHO. CONTRATO DE TRABALHO. NULIDADE. OBJETO ILÍCITO. É nulo o contrato de trabalho celebrado para o desempenho de atividade inerente à prática do jogo do bicho, ante a ilicitude de seu objeto, o que subtrai o requisito de validade para formação do ato jurídico.*

Pontua-se que é indispensável que o trabalhador tenha ciência da ilicitude do objeto, pois não se poderá alegar a nulidade do contrato perante um trabalhador de boa-fé, sob pena de enriquecimento sem causa do empregador. (BARROS, 2012, p. 195).

Ademais, a partir dos precedentes do TST que resultaram na OJ acima transcrita, é possível concluir que, ainda que a atividade exercida pelo obreiro seja lícita, a consciência do trabalhador acerca da atividade empresarial fim ser ilícita contamina a prestação do empregado e a torna igualmente ilícita.

No caso decidido pela Alta Corte, chegou-se a conclusão que mesmo que o ato praticado pelo trabalhador seja permitido (escrituração), uma vez que estava ciente de sua inserção em uma atividade fim ilícita (jogo do bicho), sua atividade é considerada ilícita por tabela.

Noutro giro, além da licitude do objeto, é também necessário que o mesmo seja possível e determinado ou determinável. Neste particular não são necessárias maiores explicações, até porque a própria nomenclatura auxilia no entendimento.

O objeto é possível quando a execução do contrato for, jurídica e fisicamente, factível. Por sua vez, entende-se por objeto determinado quando houver certeza da obrigação do trabalhador e determinável quando não ocorrer a prévia definição da prestação devida, tal como previsto no art. 456 da CLT, aonde o obreiro se obriga a prestar todo e qualquer serviço compatível com sua condição pessoal. (MARTINEZ, 2013, p. 157)

Registra-se que a determinação prévia do objeto do contrato é de extrema relevância, pois torna claras as discussões acerca dos problemas oriundos dos desvios de função e serve para identificar com maior facilidade eventuais prestações alheias ao contrato de trabalho.

No que tange a forma de contratação, conforme já apontado alhures, via de regra, no Direito do Trabalho o contrato de emprego não possui uma forma prevista em lei, podendo ser feito por escrito ou verbalmente (art. 443 da CLT). Contudo, em alguns casos específicos é indispensável que o contrato de trabalho seja escrito, tal como ocorre com o contrato de aprendizagem, o contrato temporário, o contrato do atleta profissional de futebol, dentre outros.

Importa frisar que a inobservância da forma escrita, quando esta se revela necessária, acarreta na ineficácia da contratação sob a forma especial, de modo que a relação jurídica existente será tida como um contrato de trabalho ordinário, suprimindo todos os benefícios da forma extraordinária de contratação.

Nesse sentido aponta a doutrina de Isis de Almeida (ALMEIDA, p. 336) ao tratar especificamente sobre o trabalho temporário, vejamos:

*“a cláusula nula ou anulada que afetar substancialmente a natureza excepcional do contrato torna este inexistente, sendo logo substituído pelo contrato de trabalho tradicional, que se forma tacitamente, e de prazo indeterminado, pois essa é a modalidade regra prevalente para todos os casos em que não há estipulação expressa, ou quando esta se tornou nula. Como consequência, ocorrendo essa transformação, a relação de emprego transfere-se diretamente para a empresa tomadora ou cliente, pois foi a ela que a prestação laboral efetiva favoreceu”*

Ainda no que tange a forma, por vezes é necessário que o candidato a vaga demonstre que tem capacidade técnica, ou seja, está apto para exercer a função. Exemplo

marcante e muito citado pela doutrina, é a situação prevista no art. 37 da Magna Carta que prevê a necessidade de concurso para o preenchimento de cargos/empregos públicos.

Assim, a inobservância desta norma constitucional, ou seja, a contratação de funcionário público de forma direta, sem prévio concurso, implica na nulidade do negócio jurídico firmado. Embora o referido contrato seja nulo, ainda assim o obreiro deve ser retribuído pelos serviços prestados, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração Pública que iria se beneficiar da própria torpeza.

Por tal razão, o TST editou a súmula 363, vejamos:

*CONTRATO NULO. EFEITOS. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.*

Ao final, o último elemento a ser tratado, mas também indispensável, é a livre manifestação de vontade das partes no momento de formação do contrato, no exercício da autonomia da vontade. Isto implica dizer que as partes devem ser livres para celebrar o negócio jurídico, de modo que se restar caracterizado algum vício de consentimento o contrato poderá ser anulado.

Importa repisar que, conforme já pontuado anteriormente, a autonomia da vontade somente se manifesta na liberdade de firmar ou não o negócio jurídico, uma vez que o conteúdo do contrato sofre forte intervenção estatal, com a necessária observância das normas imperativas previstas no ordenamento jurídico trabalhista.

Assim, tecidos esses esclarecimentos sobre o contrato de emprego, se passará a estudar as formas de extinção desta relação jurídica, bem como as suas consequências mais relevantes.

### 3.2 FORMAS DE EXTINÇÃO DO CONTRATO E SEUS EFEITOS

A doutrina apresenta diversas classificações acerca das modalidades de extinção do contrato de trabalho, entretanto, as divergências se concentram mais no campo da terminologia adotada do que no conteúdo em si.

No presente trabalho, se adotará a classificação proposta por Luciano Martinez, por ser a forma mais didática para enfrentar o tema. Para o mencionado Autor, a cessação do contrato de trabalho pode ocorrer pela via normal ou pela excepcional.

#### **3.2.1 Cessação do contrato pela via normal**

A cessação do contrato de emprego ocorre pela via normal quando decorrido o prazo previsto contratualmente ou quando são atingidos os objetivos contratuais.

Em razão disto, via de regra, a extinção do contrato pela via normal somente ocorre nos contratos por prazo determinado, que, conforme já abordado, são exceção no ordenamento jurídico nacional, em razão do princípio da continuidade da relação de emprego.

Desta forma, curioso destacar que, embora esta forma de extinção seja a que menos ocorra na prática, fora denominada de normal.

A extinção do contrato pela via normal gera para o empregado o direito de receber as seguintes verbas rescisórias: saldo de salário; 13º salário proporcional; férias proporcionais; 1/3 de férias proporcionais e férias vencidas.

#### **3.2.2 Cessação do contrato pela via extraordinária**

Por sua vez, a cessação do contrato de trabalho pela via excepcional ocorre quando a ruptura do vínculo acontece antes de concretizados os objetivos do negócio jurídico ou alcançado seu termo, ou seja, um evento não previsto põe fim a relação contratual.

Em que pese a denominação de excepcional, esta forma de extinção é a mais comum no mercado de trabalho.

A extinção pela via extraordinária pode ser subdividida em rescisão, resolução ou rescisão, que serão tratadas com mais profundidade a partir de agora.

### 3.2.2.1 Dissolução por rescisão

A rescisão é a extinção do vínculo empregatício quando um dos sujeitos ou ambos decidem romper a relação contratual. Quando a manifestação de vontade for individual, a rescisão será unilateral, que, se de iniciativa do empregador será denominada de despedida. Por outro lado, se de iniciativa do obreiro, o ato é chamado de demissão. Por sua vez, se a vontade for de ambas as partes, a rescisão será bilateral, também conhecida como distrato.

Pontua-se que a rescisão unilateral (despedida ou demissão) é a mais comum no mercado de trabalho, sendo poucas vezes observada a rescisão bilateral, cujo exemplo utilizado pela doutrina é a adesão do trabalhador ao Plano de Desligamento Voluntário, aonde o empregador oferece um estímulo financeiro para que haja a extinção do contrato de emprego com concordância do obreiro.

Importante salientar que, o projeto de reforma trabalhista, que tramita no Congresso Nacional, prevê que o contrato de trabalho poderá ser extinto através do distrato, de modo que somente será devido metade do aviso prévio e multa de 20% sobre o saldo do FGTS. O empregado poderá ainda movimentar até 80% referente ao FGTS, porém não terá direito ao seguro-desemprego.

Segundo a classificação de Luciano Martinez, adotada no presente trabalho acadêmico, a despedida (rescisão unilateral por ato do empregador) pode ser motivada ou imotivada.

A despedida é considerada motivada quando há uma razão aparente, justa ou não, para a cessação do vínculo de emprego. Em outras palavras, o empregador expõe a causa que o levou a adotar tal posicionamento.

Por sua vez, a despedida será imotivada quando não houver qualquer justificativa para ruptura do vínculo entre patrão e obreiro, sendo tal dispensa também conhecida como arbitrária.

Realizada esta distinção, considera-se como motivada a dispensa por justa causa, a despedida sem justa causa ou a com causa discriminatória.

De início, informa-se que a dispensa por justa causa será tratada em momento posterior e mais oportuno, uma vez que é considerada como hipótese de extinção do contrato de trabalho por resolução, haja vista a existência de inexecução faltosa do obreiro.

No que tange a despedida com causa discriminatória está também é considerada como motivada, contudo, não deixa de ser vedada pelo ordenamento jurídico nacional, em diversas passagens do texto constitucional, bem como na legislação esparsa.

Isto porque, um dos objetivos da nossa República é *“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”*, conforme dispõe o art. 3º da Magna Carta.

Segundo estabelecido na Convenção nº 111 da OIT, ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 62.150/68, a discriminação consiste em

*“toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”.*

Na seara trabalhista fora editada a Lei 9.029/95 com o fito de combater as práticas discriminatórias tanto na admissão como na dispensa do empregado, *in verbis*:

*Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as*

*hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.*

Conclui-se que, em razão do vocábulo “*entre outros*”, as hipóteses mencionadas no dispositivo legal acima transcrito constituem um rol meramente exemplificativo, ou seja, a despedida com fundamento em qualquer causa discriminatória, ainda que não esteja prevista no artigo retro transcrito, será tida como antijurídica.

Nota-se que a Lei 9.029/85 regulamenta situações já previstas no texto constitucional, mas inova ao tratar a dispensa com base na origem, na situação familiar, estado civil e reabilitação profissional.

No que tange a aplicação da lei na admissão do obreiro, é de bom alvitre destacar que o empregador tem o direito de contratar para a vaga o candidato que melhor se adequar ao cargo a ser preenchido, porém, esta liberdade de contratação não poderá exceder os limites impostos pela ordem jurídica, uma vez que não poderão ser utilizados critérios discriminatórios para a seleção.

Por tal razão, conclui-se que a liberdade do empregador para contratar não é absoluta. É necessário observar os interesses da sociedade quando do exercício do direito, bem como do indivíduo em particular, de modo que sejam respeitados os limites estabelecidos no ordenamento jurídico acerca da liberdade de contratação.

Acerca do assunto, indispensável que se transcreva a Súmula 443 do TST sendo uma importante fonte jurídica para debater o tema:

**DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO** - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. *Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.*

A partir da leitura da súmula transcrita, nota-se que a mesma possui uma ampla abrangência ao afirmar que a dispensa do empregado, portador de qualquer doença grave ou estigmatizante, é presumidamente discriminatória.

Diante disso, a jurisprudência tem uma grande importância, pois cabe ao Poder Judiciário estabelecer quais enfermidades se enquadram no conceito de *“doença grave que suscite estigma ou preconceito”*.

O TST já se manifestou no sentido de considerar a esquizofrenia (RR 10550-32.2008.5.04.0101), a depressão, transtorno de pânico, neoplasia maligna (RR 1043-97.2010.5.12.0054), o alcoolismo (RR 156-23.2011.5.02.0001) como patologias graves ou que gerassem estigma/preconceito, dentre outras enfermidades.

No campo processual, é possível observar que a súmula traz relevante ferramenta para o obreiro, uma vez que a dispensa do portador de doença grave/estigmatizante é presumidamente discriminatória, logo, conclui-se que o ônus da prova de que a despedida não se pautou em motivo discriminante recai sobre o empregador. A referida presunção é de suma importância, pois se o ônus probatório recaísse sobre o obreiro este dificilmente teria condições de produzir a prova.

Ainda de bom alvitre destacar que a própria Lei 9.029/95 estabelece os direitos do empregado que fora dispensado por causa discriminatória. Caberá ao obreiro a opção entre a *“reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais”* ou a *“percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais”*, conforme expresso no art. 4º, I e II do texto legal em comento.

Não obstante, além dos direitos acima mencionados, se restar configurada a dispensa discriminatória, o obreiro fará jus também a indenização por danos morais que terá como parâmetros para fixação a extensão do dano, a capacidade financeira das partes, gravidade do fato e grau de culpabilidade do agente, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria.

Por outro lado, necessário asseverar que *“as distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação”*, segundo a própria Convenção 111 da OIT. Isto

porque, o empregador tem liberdade para optar pelo profissional que melhor se adapte ou mais capacitado para exercer o cargo.

Por fim, a última forma de dispensa motivada, a despedida sem justa causa. *A priori*, convém ressaltar que esta forma de despedida não pode ser confundida com a dispensa arbitrária ou imotivada. Isto porque, o próprio texto constitucional estabelece que:

*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; [...] (grifo nosso)*

Assim, partindo-se da regra básica de hermenêutica de que não há palavras inúteis na lei, indene de dúvidas que a despedida arbitrária e a sem justa causa não se confundem.

Segundo os ensinamentos de Pedro Paulo Teixeira Manus (1996):

*“A despedida arbitrária é o ato do empregador tendente a desfazer o contrato de trabalho, sem aparente motivação de ordem objetiva ou subjetiva. Já a dispensa sem justa causa é o ato de desfazimento do contrato de trabalho que, embora o empregador apresente razões de ordem subjetiva, não se funda em ato faltoso cometido pelo empregado. Isso significa que no caso de dispensa arbitrária não há qualquer justificação plausível ou razoável a fundamentar o ato do empregador. Já na hipótese de dispensa sem justa causa, trata-se de ato razoável, embora não fundado em falta cometida pelo empregado, como ocorre na despedida por justa causa”.*

Em outras palavras, pode-se afirmar que na dispensa sem justa causa o empregador tem motivos para pôr fim a relação de trabalho, entretanto tais razões não consistem em inexecução faltosa do obreiro que configure justa causa (GOMES e GOTTSCHALK, 2005).

A própria Consolidação das Leis Trabalhistas estabelece que a despedida será motivada quando fundamentada em razões de ordem disciplinar, técnica, econômica ou financeira.

A Convenção nº 158 da OIT contém disposição relativa as causas socialmente aceitáveis para a dispensa motivada do obreiro, são os motivos relacionados com a capacidade técnica ou comportamento do trabalhador ou então baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

A partir de uma interpretação sistemática da CLT e da Convenção supramencionada, pode-se concluir que será motivada a dispensa relacionada com a capacidade do obreiro (motivo técnico), com seu comportamento (motivo disciplinar) ou com as necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço (motivos econômicos, financeiros).

Os motivos disciplinares já possuem previsão na própria CLT, que no art. 482 traz o rol de comportamentos que, uma vez praticados pelos obreiros, são motivos justos para a extinção do vínculo contratual. Pontua-se que o motivo disciplinar é o único que se relaciona com a figura do empregado, sendo também o único requisito subjetivo apto a justificar a rescisão contratual.

Por outro lado, as razões técnicas, econômicas ou financeiras se relacionam com a empresa. Segundo o entendimento de Amauri Mascaro Nascimento (2014, p. 1211), motivo técnico *“é aquele que se relaciona com a organização e a atividade empresarial, como a supressão necessária de seção ou de estabelecimento”*, tais como os avanços tecnológicos. De outro lado, motivo econômico ou financeiro *“coincide com a força maior que atinge a empresa para torná-la insolvente em suas obrigações negociais”*, sendo exemplo as crises econômicas.

Por sua vez, para Antônio Álvares da Silva (1996), os motivos econômicos *“dizem respeito à produção e produtividade dos bens e serviços que constituem o objetivo da atividade empresarial e os motivos financeiros pertinem aos meios necessários (geralmente capital e demais meios materiais e imateriais) para execução daqueles fins”*.

A partir desses conceitos doutrinários, é possível concluir que os motivos econômicos/financeiros estão diretamente ligados à política financeira e econômica do

próprio mercado empresarial, bem como a situação econômica vivenciada, sendo exemplo o quadro de recessão que assola o país e por consequência acarreta o aumento de despedidas, logo do desemprego.

De outro lado, as razões técnicas estão relacionadas com a não adaptação do obreiro em face da mudança do método de trabalho, tal como a evolução empresarial em virtude das novas tecnologias implantadas nas empresas. Ressalta-se que, as modificações capazes de alterar o *modus operandi* das atividades do trabalhador, devem ser sucedidas de um período de treinamento para que o empregado se adapte as novas formas (VALE, 2013, p.188).

No que tange aos efeitos da despedida por rescisão (motivada ou não), esta gera uma série de direitos para o trabalhador que é surpreendido pela ruptura do vínculo contratual, são eles: saldo de salário, férias proporcionais com acréscimo de 1/3, 13º salário proporcional, multa de 40% sobre o FGTS, férias vencidas, liberação de formulários para saque do FGTS e seguro desemprego, bem como a concessão de aviso prévio.

Noutro giro, quando a cessação do contrato de emprego ocorre por iniciativa do operário, este não é contemplado com a multa do FGTS, não tem direito de sacar o FGTS e ao seguro desemprego, bem como deve conceder aviso prévio ao empregador.

Por sua vez, nos contrato por prazo determinado também é possível que haja a rescisão quando uma das partes manifesta a vontade de terminar a relação contratual antes de atingido o termo ou concretizado o objeto. Nesses casos, a rescisão acarreta efeitos diversos dos previstos para o término do contrato por prazo indeterminado e varia de acordo com a parte que deseja terminar a relação jurídica.

Se a iniciativa para romper a relação for do empregador, e não houver justa causa para tanto, este ficará obrigado a indenizar o obreiro em quantia equivalente a metade da remuneração que o trabalhador iria receber até o término natural do contrato (via normal), conforme inteligência do art. 479 da CLT. Serão ainda devidos saldo de

salário, férias proporcionais, 13º salário proporcional, multa de 40% sobre o FGTS, liberação dos formulários para saque do FGTS, seguro desemprego e férias vencidas.

Nota-se, portanto, que a extinção antecipada do contrato de trabalho por prazo determinado, por iniciativa do empregador, gera uma presunção absoluta de prejuízo ao empregado, que necessariamente terá que ser indenizado.

Noutra banda, se a extinção de contrato de trabalho por prazo determinado for de iniciativa do operário e não houver justa causa, este será obrigado a indenizar o empregador dos prejuízos que eventualmente sofrer, conforme disposto no art. 480 da CLT. Ou seja, ao contrário do que ocorre quando o término da relação contratual se dá por vontade patronal, aqui há presunção relativa de inexistência de prejuízo.

O empregador somente será indenizado se comprovar que a ruptura do vínculo lhe causou danos, sendo que a indenização esta limitada àquela que o obreiro faria jus em condições idênticas. Além do mais, nesta hipótese não incide multa sobre o FGTS, bem como o obreiro não pode sacar a referida parcela.

### 3.2.2.2 Dissolução por resolução e rescisão

No que tange a dissolução do contrato de trabalho por resolução esta pode ocorrer por via voluntária (inexecução faltosa do empregador ou do obreiro) ou de forma involuntária, que está relacionada a eventos que fogem do controle das partes, tais como: morte, força maior e fato do príncipe.

As causas voluntárias de resolução são previstas no art. 482 e 483 da CLT; justa causa e rescisão indireta do contrato de trabalho, respectivamente.

A justa causa consiste em falta cometida pelo obreiro que pode justificar a resolução do contrato, sendo todas as hipóteses previstas na Consolidação das Leis Trabalhistas e em leis extravagantes.

Segundo a doutrina de Evaristo de Moraes Filho (2003, p. 56) a justa causa “*é todo ato doloso ou culposamente grave, que faça desaparecer a confiança e boa-fé existente entre as partes, tornando, assim, impossível o prosseguimento da relação*”.

Em verdade, tem-se que a justa causa não torna impossível o prosseguimento da relação de emprego, eis que, ainda que tacitamente, poderá ser perdoada. Desta forma, acredita-se que a justa causa pode tornar indesejável a continuidade da relação empregatícia. (MARANHÃO, 1997)

No sistema brasileiro, o rol de justa causa é taxativo, *numerus clausus*, ou seja, todas as hipóteses são previstas na legislação. Este modelo confere uma maior segurança jurídica para o ordenamento, todavia, por consequência, acarreta um engessamento do sistema. (ZAINAGHI, 1995, p. 25)

Tecidos esses esclarecimentos prévios, se revela importante abordar, ainda que superficialmente, as principais situações que causam a dissolução do vínculo empregatício por culpa do trabalhador (art. 482 CLT).

O ato de improbidade é considerado como a conduta dolosa do obreiro que age de forma indigna e desonesta de modo a ferir o dever de lealdade e boa-fé que rege as relações trabalhistas (MARTINEZ, 2013, p. 595). São exemplos de atos ímprobos o atentado contra o patrimônio do empregador, bem como apresentação de atestado médico falso.

A incontinência de conduta está associada a comportamentos imorais, excessivos e descomedidos do empregado que acarretam a perda da honradez no ambiente de trabalho. Normalmente esta hipótese de justa causa está ligada a atos de natureza sexual, tal como o assédio, no qual um superior hierárquico se vale do cargo para obter vantagem sexual de um subordinado (GARCIA, 2015, p. 683).

Entretanto, outros comportamentos também podem ser considerados como incontinência de conduta, tais como as manifestações fisiológicas propositais que incomodam o bom convívio no ambiente de trabalho (ex. flatulências, incontinência urinária, etc.) (MARTINEZ, 2013, p. 596).

O mau procedimento pode ser considerado como uma conduta irregular contrária a legalidade ou aos bons costumes. Trata-se de um conceito jurídico aberto e, por tal razão, é utilizado de forma subsidiária, ou seja, se a falta cometida não se subsume a figura mais específica, é encaixada como mau procedimento (GARCIA, 2015, p. 683).

Assim, dada a amplitude da justa causa em comento, na sua aplicação é necessária bastante cautela, sob pena de aplicação desproporcional da penalidade e banalização do instituto.

A negociação habitual, sem a anuência do empregador, desde que prejudique os serviços ou acarrete concorrência com a empresa, também é considerada como hipótese de justa causa. A negociação habitual consiste na prática, com frequência, de atos de comércio, e só será considerada como justa causa se houver a proibição/punição pela prática de tais atos.

Isto porque, acaso o empregador tenha ciência da negociação habitual e não advirta o trabalhador, subentende-se que houve, ainda que tacitamente, permissão para a prática comercial. (GARCIA, 2015, p. 684).

A condenação criminal do trabalhador, já transitada em julgado, também permite a aplicação de justa causa, desde que a pena aplicada implique restrição da liberdade, eis que será impossível o obreiro continuar no emprego enquanto tiver cumprindo a pena. (AGUIAR Jr., 1988)

Atualmente, tem-se que o Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* 1.262.92, admitiu a possibilidade de execução provisória da pena, ou seja, antes de ocorrido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, desde que já tenha sido realizado o julgamento em 2ª instância.

Desta forma, em razão do recente entendimento da Corte Constitucional, nos parece que é possível a aplicação da justa causa em análise, ainda que não haja o trânsito em julgado da condenação criminal, uma vez que o trabalhador encarcerado não terá como prestar os serviços para que fora contratado.

A desídia, outro motivo para aplicação da justa causa, é considerada como o comportamento negligente, desinteressado e desleixado do obreiro, sendo caracterizada pela incúria no exercício das funções.

No geral, pode-se afirmar que o comportamento desidioso é fruto de uma reiteração de pequenas faltas, que, se analisadas em conjunto, justificam a resolução do contrato por justa causa (GARCIA, 2015, p. 685).

Convém registrar que é imprescindível que as pequenas faltas sejam punidas individualmente, com o fito de alertar o trabalhador para o seu comportamento reprovável e enquadrá-lo novamente nos parâmetros almejados, sob pena de ser impossível a caracterização do comportamento desidioso (BARROS, 2012, p. 712).

A legislação pátria traz como hipóteses de justa causa a embriaguez habitual ou em serviço. No que tange a embriaguez habitual, esta não acarreta mais a despedida do obreiro, isto porque, segundo a OMS, o alcoolismo crônico é reconhecido como doença. Logo, o empregado deve ser afastado para tratamento médico/aposentado por invalidez e não punido com justa causa (MARTINEZ, 2013, p. 600).

Nesse sentido o entendimento firmado pelo Tribunal Superior do Trabalho no Recurso de Revista tombado sob o nº 1947007320075090092, 1ª Turma, de relatoria do Min. Waldir Oliveira da Costa, *in verbis*:

RECURSO DE REVISTA. DISPENSA ARBITRÁRIA. INDÍCIO DE ALCOOLISMO CRÔNICO. ART. 482, F, DA CLT.

1. O comparecimento do empregado ao serviço por três vezes consecutivas, em estado de embriaguez, ainda que decorrido lapso de tempo entre uma e outra ocorrência, desperta suspeita de alcoolismo, circunstância em que o empregador, por cautela, e considerando a classificação como doença crônica pelo Código Internacional de Doenças (CID) da Organização Mundial de Saúde OMS, deve encaminhá-lo ao órgão previdenciário para diagnóstico e tratamento, consoante lhe assegura o art. 20 da Lei nº 8.213/91.

2. A evolução natural da sociedade propiciada pelo desenvolvimento científico realizado na área médica e de saúde pública permite novo enquadramento jurídico ao fato - embriaguez habitual ou em serviço - cujas consequências não mais se restringem ao indivíduo e à relação jurídica empregado-empregador. Nesse quadro, o art. 482, f, da CLT deve ser interpretado em consonância com os princípios fundamentais tutelados pela Constituição Federal entre os quais da dignidade humana (art. 1º, III),

efetivada, no caso, por meio do acesso universal e igualitário às ações e serviços que viabilizem a promoção, proteção e recuperação da saúde (art. 196 da CF/88 c/c a Lei nº 8.213/91).

3. Nesse contexto, revela-se juridicamente correto o acórdão recorrido ao concluir que o desfazimento do pacto laboral do autor, por iniciativa da reclamada, com fundamento no art. 482, f, da CLT, materializou procedimento obstativo ao direito de ser encaminhado ao INSS para tratamento da enfermidade e, em caso de irreversibilidade, a concessão de aposentadoria provisória, o que revela a arbitrariedade da dispensa efetivada. Recurso de revista conhecido e não provido.

Por outro lado, a embriaguez em serviço, por ocasionar a perda dos reflexos, discernimento e atenção, portanto, incompatível com o trabalho, permanece como hipótese de justa causa, eis que a intoxicação é livre e consciente.

A violação do segredo de empresa é também considerada como motivo para resolução do contrato de trabalho por justa causa, e tal prática consiste na divulgação de informações sigilosas obtidas em razão da relação empregatícia.

Wagner Giglio (2000, p.125), aponta a existência dos segredos de fábrica/produção e os de negócio. Os primeiros se relacionam sobre os métodos, fórmulas, inventos da empresa, enquanto os segredos de negócio estão ligados a informações comerciais e com a situação econômico-financeira da empresa.

Os atos de indisciplina e insubordinação também configuram a justa causa. Entende-se por indisciplina o comportamento do obreiro que viola normas gerais da empresa, comumente, estabelecidas no regimento interno. Por sua vez, a insubordinação consiste na inobservância de ordem expressa e específica oriunda de um superior hierárquico a determinado empregado (BARROS, 2012, p. 715).

Importante registrar que o trabalhador não é obrigado a acatar ordens ilícitas/abusivas, portanto, diante de tal prática, a desobediência não pode ser encarada como indisciplina ou subordinação. Isto porque, o obreiro tem o direito de contrariar os abusos e ilicitudes exigidas pelo empregador (GARCIA, 2015, p. 689).

O abandono do emprego é outra situação que pode acarretar na justa causa. Tal hipótese, para que reste configurada, indispensável que haja, concomitantemente, ausência injustificada, continuada e prolongada do posto de serviço (elemento objetivo)

e o *animus*/intenção de não retornar ao trabalho (elemento subjetivo), conforme aponta a doutrina nacional (BARROS, 2012, p. 716).

No que tange ao elemento subjetivo, na prática este se revela como de difícil comprovação, eis que está intimamente ligado a aspectos internos do obreiro. Por tal razão fora editada a súmula nº 32 do TST com o seguinte teor:

**“ABANDONO DE EMPREGO.** *Presume-se o abandono de emprego se o trabalhador não retornar ao serviço no prazo de trinta dias após a cessação do benefício previdenciário nem justificar o motivo de não o fazer.*”

Registra-se que, embora a súmula acima transcrita trate de uma situação específica, admite-se a aplicação analógica em outras ocasiões de afastamento, razão pela qual é possível afirmar que *“presume-se o abandono de emprego se o trabalhador não retornar ao serviço no prazo de trinta dias após a cessação do motivo que ensejou o afastamento”* (MARTINEZ, 2013, p. 604).

Destaca-se que a presunção em tela é *iuris tantum*, ou seja, o empregado pode provar que não havia intenção de abandonar o serviço e que somente não retornou ao posto de trabalho por motivo alheio a sua vontade (GARCIA, 2015, p. 690). Desta forma, por cautela, é interessante que o empregador envide esforços para saber o real motivo do afastamento prolongado do obreiro.

As condutas lesivas da honra/boa fama e as ofensas físicas se praticadas em serviço, constituem hipótese de justa causa, mesmo que praticadas contra pessoas alheias ao quadro funcional da empresa, salvo nos casos de legítima defesa própria ou em favor de outrem.

Se tais atos forem praticados contra o empregador ou superior hierárquico, ainda que o empregado não esteja em serviço, a conduta será classificada como falta grave punível com a dispensa por justa causa.

A Consolidação das Leis Trabalhistas previu também no rol de condutas que tipificam a justa causa a prática constante de jogos de azar. Conforme disposto no art. 50, § 3º da Lei de Contravenções Penais, é considerado jogo de azar: *“a) o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte; b) as apostas sobre corrida de*

*cavalos fora de hipódromo ou de local onde sejam autorizadas; c) as apostas sobre qualquer outra competição esportiva.”*

Pontua-se que é necessário que a prática dos jogos de azar seja um hábito na vida do empregado, eis que o exercício esporádico não tem o condão de configurar a justa causa (GIGLIO, 2000, p. 282).

Além do mais, segundo a parcela majoritária da doutrina, indispensável que a prática do jogo tenha finalidade lucrativa, ou seja, que o obreiro almeje um acréscimo/benefício patrimonial, pois, senão, não há que se falar em jogo ilegal (GIGLIO, 2000, p. 282).

Luciano Martinez (2013, p. 606) critica a inserção da prática de jogos de azar dentro do rol de justa causa, segundo o mencionado autor, é um *“absurdo admitir que esse comportamento seja faltoso nos tempos atuais, porque o empregador não pode imiscuir-se nas opções particulares de seus empregados”*, sob pena de violação dos direitos da personalidade relacionados com a intimidade e a vida privado do obreiro.

Tecidas essas breves considerações acerca das principais hipóteses de extinção do contrato de trabalho, indispensável que se aborde os requisitos necessários para legitimar a aplicação da justa causa pelo empregador, quais sejam: proporcionalidade, *non bis in idem* e imediatidade.

A proporcionalidade consiste na aplicação da penalidade condizente com o ato faltoso cometido pelo trabalhador. Em outras palavras, a sanção aplicada deve ser proporcional a infração do obreiro.

Isto implica dizer que cabe ao empregador, no exercício do seu poder disciplinar, aplicar as penalidades com bom senso, havendo sempre uma harmonia entre o ato faltoso e a sanção. Nos dizeres de Alexandra Candemil (2007):

*É, pois, do empregador o ônus de identificar o ato faltoso do empregado, enquadrando-o nas diversas dosagens da punição disciplinar, quais sejam: advertência, suspensão e, em casos de reincidência e atos de extrema gravidade, a aplicação da justa causa.*

Importante ressaltar que para a aplicação de uma penalidade proporcional, não se deve analisar tão somente a infração cometida, mas também diversos outros aspectos, muito bem expostos por Domingos Zainaghi (1995, p. 30), quais sejam:

*[...] os elementos pessoais dos contratantes, se houve dolo ou culpa grave por parte do faltoso, qual o seu tempo de serviço, a conduta anterior, a índole das relações que mantêm os contratantes entre si. Não sejam também esquecidos os elementos objetivos do meio em que cometida a falta, a natureza do emprego exercido, os costumes sociais ambientes, e todos os demais fatores que cercam o mundo em que vivem e trabalham os participantes do contrato [...]*

Registra-se que a desproporcionalidade entre a infração e a punição pode ser caracterizada como abuso de direito, razão pela qual a dispensa por justa causa pode ser anulada no Poder Judiciário (CANDEMIL, 2007).

De outro giro, o *non bis in idem*, princípio oriundo do Direito Penal, consiste na impossibilidade de aplicar uma dupla penalidade a um mesmo ato faltoso, ou seja, se o obreiro já fora sancionado, não poderá, posteriormente, pelo mesmo fato, sofrer nova punição.

Por fim, entende-se por imediatidade, o princípio pelo qual o empregador deve aplicar a sanção tão logo tenha conhecimento do ato faltoso. A inércia do empregador diante da falta cometida pressupõe o perdão tácito da infração cometida, logo afasta a aplicação de justa causa (CANDEMIL, 2007).

Indispensável ressaltar que não se pode confundir imediatidade com instantaneidade, ou seja, a falta não precisa ser punida no exato momento em que o empregador toma conhecimento da mesma. Até porque, se revela imprescindível uma apuração acurada dos fatos para somente depois aplicar a penalidade de forma adequada (ZAINAGHI, 1995, p. 32).

Sobre o problema da instantaneidade, Wagner Giglio (2000, p. 27) expõe que:

*“Não se poderia exigir, porém, fossem todas as faltas punidas instantaneamente, no minuto mesmo que chegassem ao conhecimento da direção, pois, [...] a falta deve, pelo contrário, ser bem examinada, sopesadas as circunstâncias, verificada a personalidade do infrator, sua vida funcional e todos os demais fatores que envolveram a prática faltosa. Somente após esse cauteloso exame estará o empregador habilitado a punir*

*seu empregado na justa medida, aplicando-lhe punição proporcional à gravidade da falta."*

Desta forma, havendo a necessidade de um procedimento para apuração da falta cometida, a doutrina propôs como critério para aferir a imediatidade da sanção a continuidade de atos entre a ciência da falta e a sanção aplicada, do contrário, se ocorrer a interrupção injustificada do processo, presume-se que o empregador concedeu o perdão tácito (GIGLIO, 2000, p. 30).

Nota-se que a aplicação imediata da sanção é uma garantia do obreiro frente ao empregador, eis que se fosse permitido a punição a qualquer tempo, tal fato poderia acarretar abusos e desmandos patronais e, por consequência, ocasionaria uma grande insegurança para o trabalhador (ZAINAGHI, 1995, p. 34).

Assim, demonstrados os pressupostos que necessitam ser atendidos para a aplicação da justa causa, pode-se concluir que o mero enquadramento da conduta do empregado a uma das hipóteses prevista no art. 482 da CLT, de *per si*, não autoriza a presunção de legalidade da dispensa.

Conforme já fora exposto, para legitimação da justa causa é indispensável que se atente a proporcionalidade entre a sanção e o ato faltoso, o *non bis in* e a imediatidade da sanção, do contrário, inobservados estes pressupostos, a extinção do contrato por justa causa poderá ser revertida na Justiça do Trabalho.

No que tange aos efeitos da dissolução do contrato de trabalho por justa causa do empregado, tendo em vista que esta resulta de um comportamento ilícito, o obreiro fará jus somente ao saldo de salário e as férias vencidas, portanto, perde todas as verbas indenizatórias decorrentes da extinção do vínculo.

A resolução do contrato por culpa do trabalhador já fora tratada, de modo que também se faz necessária uma breve explanação acerca da resolução do contrato por culpa do empregador, nomeada pela doutrina de rescisão indireta.

Desde logo, explica-se que não se irá aprofundar no tema, como fora feito com a dissolução por justa causa, porque não se relaciona com o objeto principal de estudo no

presente trabalho, bem como se trata de hipótese de extinção menos frequente, afinal, nos dias atuais, emprego é “artigo de luxo”.

A rescisão indireta do contrato de trabalho consiste em ato faltoso cometido pelo empregador, no exercício do poder diretivo do negócio, que permitem ao obreiro requerer a extinção do vínculo empregatício.

As principais infrações empresariais são previstas no art. 483 da Consolidação das Leis Trabalhistas, sendo o rol taxativo, assim como ocorre com as hipóteses de justa causa. São elas: ordenar serviços inexigíveis, rigor excessivo, perigo manifesto, inadimplemento contratual, ofensas físicas/morais e reduzir o trabalho remunerado por produção.

Pontua-se que, embora a CLT tenha sido promulgada em 1943, em virtude da abertura semântica das infrações mencionadas no artigo supramencionado, é possível que se adeque as condutas atuais nos incisos previstos no art. 483, tal como ocorre com o assédio moral e/ou sexual, razão pela qual a legislação não precisou sofrer reformas neste ponto (DELGADO, 2016, p. 1360).

Convém registrar que, assim como ocorre na aplicação da justa causa, é indispensável que para a rescisão indireta ser legítima se observe os pressupostos da proporcionalidade, o *non bis in idem*, bem como a imediatidade.

Desta forma, acaso tenha sido suspensa a prestação de serviços, uma vez reconhecida o ato faltoso do empregador, será declarada a resolução do contrato de trabalho e o obreiro fará jus ao pagamento das verbas equivalentes à despedida direta. Do contrário, o trabalhador poderá retornar ao seu posto de serviço, eis que não houve a extinção do vínculo (MARTINEZ, 2013, p. 613).

Todavia, se o empregado tiver optado pela dissolução imediata do vínculo, reconhecida a infração patronal restará configurada a despedida indireta. E, na hipótese de decisão desfavorável ao obreiro, o ato de ruptura do contrato será considerado como pedido de demissão (MARTINEZ, 2013, p. 613).

Assim, esclarecidas as hipóteses de resolução do contrato por ato faltoso de uma das partes (justa causa e rescisão indireta), ainda se revela possível que tanto empregador como empregado tenham cometido atos faltosos que culminaram na extinção do vínculo contratual, caracterizando a culpa concorrente. O exemplo mais mencionado na doutrina são as de ocasiões de ofensas físicas recíprocas.

Segundo a legislação pátria, confirmada pelo posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, nas hipóteses de culpa concorrente a indenização devida ao empregado será equivalente à metade da que seria devida nos casos de rescisão por culpa exclusiva do empregador. Vejamos a súmula 14 do referido Tribunal:

*Súmula 14 do TST. CULPA RECÍPROCA. Reconhecida a culpa recíproca na rescisão do contrato de trabalho (art. 484 da CLT), o empregado tem direito a 50% (cinquenta por cento) do valor do aviso prévio, do décimo terceiro e das férias proporcionais.*

Por fim, a extinção do contrato de trabalho pode ocorrer por fatores que independem da vontade das partes, por isso classificada por Luciano Martinez (2013, p. 616) como resolução involuntária do contrato de trabalho, quais sejam: morte, força maior e fato do príncipe.

O falecimento do obreiro acarreta a cessação do vínculo empregatício por questões óbvias. Uma vez que o contrato de trabalho é caracterizado pela pessoalidade na prestação do serviço é inconcusso que a morte do empregado acarreta na extinção do contrato.

Com a extinção do contrato de trabalho pela morte do obreiro as verbas deverão ser pagas aos dependentes habilitados na previdência social, conforme dicção do art. 1º da lei 6.858/80. Acaso não existam dependentes habilitados no órgão previdenciário, os pagamentos deverão ser realizados em observância ao critério de sucessão previsto na legislação civil.

Assim, esclarecido os credores, cabe pontuar quais as parcelas rescisórias são devidas. Se o falecimento do obreiro não tiver qualquer relação com o trabalho desempenhado, os créditos decorrentes da extinção do vínculo são: saldo de salário,

férias proporcionais, 13º salário proporcional, liberação das guias para saque do FGTS e férias simples ou dobradas.

Todavia, acaso a morte do empregado ocorra em razão de acidente de trabalho, serão devidas também o aviso prévio indenizado e indenização de 40% sobre o FGTS. Isto porque, como o falecimento do empregado se deu em virtude de culpa do empregador aplica-se à solução equivalente a rescisão indireta.

Nesse sentido o posicionamento esclarecedor de Maurício Godinho Delgado (2016, p. 1266) ao lecionar que

*“o art. 483, c, da CLT, considera falta empresarial colocar o trabalhador em perigo manifesto de mal considerável: se este perigo se consuma com a morte do obreiro, torna-se ainda mais clara a gravíssima infração cometida, ensejando a incidência das compatíveis verbas rescisórias do referido preceito celetista”.*

A força maior também tem o condão de cessar o vínculo de emprego. Entretanto, diversamente do que ocorre nos outros ramos do Direito, na seara trabalhista esta não tem o condão de excluir a responsabilidade do empregador, mas, tão, somente, atenuá-la (MARTINEZ, 2013, p. 619).

Acredita-se que isto ocorre em razão do caráter peculiar das relações trabalhistas, principalmente em virtude da verticalidade existente entre empregador e empregado, ou seja, em razão da subordinação, hipossuficiência e vulnerabilidade do obreiro frente à entidade patronal.

A doutrina diverge, mas o entendimento majoritário é de que força maior é o evento inevitável, ou seja, quando o acontecimento não depende da vontade do empregador e não tem sua participação direta ou indireta (GARCIA, 2015, p. 723).

Pontua-se que no âmbito do Direito do Trabalho o reconhecimento da força maior encontra barreiras na legislação, uma vez, segundo dispõe o art. 501 da CLT, “a imprevidência do empregador exclui a razão da força maior”.

Deste modo, entende-se que cabe ao empregador adotar medidas preventivas para evitar o fato, do contrário, a força maior não restará caracterizada, posto que os riscos

do negócio devem ser suportados pelo empregador em razão da alteridade do contrato de trabalho.

Convém registrar que a ocorrência de motivo de força maior que afeta a situação socioeconômica da empresa permite que a entidade patronal reduza o salário dos empregados, desde que o faça mediante negociação coletiva, conforme se entende do art. 503 da CLT combinado com o art. 7º, VI da Magna Carta.

No caso, nota-se claramente o conflito entre dois princípios, irredutibilidade salarial e o da continuidade da relação de emprego, de modo que nas hipóteses de força maior prevalece o da preservação do contrato de trabalho por opção legislativa.

No mais, se o motivo de força maior acarretar a impossibilidade de continuação da atividade empresarial ou o fechamento de uma filial, será assegurado ao trabalhador uma indenização equivalente à metade da que seria devia na hipótese de rescisão do contrato de trabalho sem justa causa, conforme expresso no art. 502 da CLT.

Por fim, a última hipótese de resolução involuntária do contrato de trabalho é o fato do príncipe. Segundo o conceito proposto do Hely Lopes Meirelles (2012, p. 253), o *factum principis*

*“é toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral, imprevista e imprevisível, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo. Essa oneração, constituindo uma álea administrativa extraordinária e extracontratual, desde que intolerável e impeditiva da execução do ajuste, obriga o Poder Público contratante a compensar integralmente os prejuízos suportados pela outra parte, a fim de possibilitar o prosseguimento da execução, e, se esta for impossível, rende ensejo à rescisão do contrato, com as indenizações cabíveis.”*

O referido instituto, nascido no Direito Administrativo, conforme se infere da lição acima transcrita, na seara trabalhista fora previsto no art. 486 da CLT e pontua que a cessação das atividades, seja ela temporária ou definitiva, baseada em ato de autoridade estatal, ou pela promulgação de lei que impossibilite a continuidade da empresa, o pagamento da indenização pela rescisão dos contratos de trabalho deverão ser suportados pelo governo responsável.

Conceituado o instituto, nota-se que a fato do príncipe é espécie do gênero força maior (MARANHÃO, 1997), razão pela qual, conforme já exposta, imprescindível que se trate de evento inevitável e imprevisível, bem como que o empregador não tenha contribuído para a sua ocorrência.

Pode ser citado como *factum principis* à desapropriação de áreas por interesse público, tal como reconhecido pelo Tribunal Superior do Trabalho no RR 631-067/2000.6

Desta forma, importante ressaltar que não se reconhece o fato do príncipe quando o encerramento da atividade empresarial ocorre em virtude de ato irregular ou ilícito do empregador, tal como na exploração de jogos de azar.

Nesta hipótese, caracterizado o *factum principis*, o obreiro fará jus ao pagamento de indenização equivalente a dispensa sem justa causa que deverá ser arcada pela entidade estatal que motivou a resolução do contrato.

Ao final, cumpre também tratar acerca da dissolução da relação de emprego por rescisão. Tal modalidade de dissolução contratual ocorre quando o contrato de trabalho está eivado de nulidade, ou seja, inobservados os elementos essenciais (capacidade do sujeito; objeto lícito, possível e determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei e a livre manifestação da vontade), já abordados no presente capítulo.

## **4 A ANTIJURICIDADE DA DESPEDIDA IMOTIVADA NO BRASIL**

Hodiernamente, em uma sociedade capitalista, o trabalho é um dos principais elementos na dinâmica das relações sociais, sendo, por inúmeros motivos, diretamente relacionado com a própria dignidade da pessoa humana.

Desta forma, o desemprego em índices alarmantes, atinge não somente o indivíduo, mas toda a coletividade, sendo este um gravame problema social que assola não só o Brasil mais também outras nações.

Além dos fatores puramente econômicos, pode-se afirmar que um ordenamento jurídico frágil também influencia no aumento dos índices de desemprego e na precarização do trabalho, em virtude da grande rotatividade de mão de obra em razão da ausência de normas que protejam o trabalhador contra a despedida arbitrária.

Nesse panorama, diante dos avanços tecnológicos e as novas formas de relação de emprego, com o intuito de preservar a continuidade das relações trabalhistas, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) editou a Recomendação 119 e, posteriormente, editou a Convenção 158, sendo que ambos os diplomas internacionais abordam justamente a impossibilidade do término da relação de emprego sem uma justificativa socialmente aceitável.

### **4.1 A CONVENÇÃO 158 DA OIT**

Em novembro de 1985 entrou em vigor no plano internacional a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), instrumento normativo de grande relevância para o tema central do presente trabalho, vez que aborda a extinção da relação de emprego por iniciativa patronal.

Tal como previsto no art. 165 da CLT, e já abordado em momento oportuno deste trabalho, a Convenção da OIT prevê que a rescisão do contrato de trabalho deve ocorrer por motivos disciplinares (comportamento), técnicos (capacidade) ou econômicos-financeiros (necessidade de funcionamento da empresa), vejamos:

*Art. 4. Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.*

Não fosse o bastante, o artigo 7º da mencionada Convenção prevê ainda que antes de ser encerrado o vínculo empregatício deve ser concedido ao trabalhador o direito de se manifestar sobre as supostas “acusações”, sendo, portanto, a materialização da ampla defesa (ALMEIDA, p. 64).

*Não deverá ser terminada a relação de trabalho de um trabalhador por motivos relacionados com seu comportamento ou seu desempenho antes de se dar ao mesmo a possibilidade de se defender das acusações feitas contra ele, a menos que não seja possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda essa possibilidade.*

No entanto, o dever de motivar a despedida não é absoluto, vez que a própria Convenção traz exceções no art. 2º, item 2, tais como o trabalho por prazo determinado, o temporário, o contrato de experiência, dentre outros.

De bom alvitre ressaltar que as convenções da OIT são “normas obrigacionais para os Estados-membros, que porventura vierem a ratificá-las” (MAIOR,1996), portanto, são normas cogentes, de observância obrigatória, pelos países incorporarem ao ordenamento jurídico interno.

Em setembro de 1992, a referida Convenção fora aprovada pelo Brasil, sendo registrada no órgão internacional competente em janeiro de 1995, de modo que entrou em vigor a partir de janeiro de 1996, conforme disposto no art. 16, item 3, da Convenção.

Tratou-se, portanto, de uma grande conquista para a classe operária, vez que a introdução da Convenção 158 no ordenamento jurídico interno inaugurava uma era de

maior proteção das relações de emprego, com o combate as despedidas arbitrárias, haja vista seu amparo constitucional (art. 7º, I, CF) e internacional.

Isto porque, as normas previstas na Convenção, uma vez que ratificadas pelo Brasil, integraram o ordenamento jurídico pátrio e passaram a ser fontes heterônomas do Direito do Trabalho, logo, aptas a produzirem efeitos de imediato.

Nota-se, que todos os trâmites legais para aprovação da Convenção foram observados, sobretudo os arts. 49, I e 84, VII, ambos da Magna Carta, que aduzem ser de competência do Congresso Nacional “*resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais [...]*”.

No entanto, decorridos apenas 07 (sete) meses da entrada em vigor da Convenção, por pressão dos empregadores e sob o argumento de que o diploma internacional restringia a autonomia empresarial, o Governo Brasileiro denunciou a Convenção 158, em evidente retrocesso social.

A denúncia fora feita de forma irregular, posto que, segundo consta do art. 17 da própria Convenção, o Brasil só poderia denunciá-la depois de transcorridos 10 anos, a contar de cada ratificação, norma esta que não foi observada. Não obstante esta irregularidade formal, houve um vício ainda mais grave que será abordado em breve.

De bom alvitre pontuar que, antes mesmo da denúncia ser efetivada, a Confederação Nacional dos Transportes (CNT) e a Confederação Nacional da Indústria (CNI), já haviam ajuizado Ação Direta de Inconstitucionalidade, tombada sob o nº 1.480, atacando o ato presidencial que ratificou a Convenção, sob o argumento de que o diploma internacional era incompatível com o ordenamento constitucional pátrio, vez que a Magna Carta dispõe que a proteção da relação empregatícia deve ser realizada através de Lei Complementar e não através de Tratado (STF entendeu que a Convenção tinha patamar de lei ordinária).

Acerca deste assunto, em breve digressão, cumpre registrar que inexistente a mencionada inconstitucionalidade, posto que a Carta Magna não estabelece hierarquia entre Lei Complementar e Tratado Internacional ou Lei Ordinária (LEITE, 2013, p. 256).

Contudo, não fora este o entendimento do Ministro Celso de Mello, que concedeu a medida liminar requerida pela CNT e a CNI, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade mencionada, no sentido de afirmar que a Convenção 158 não era autoaplicável.

Posteriormente, a mencionada ADI fora extinta sem julgamento de mérito em razão da perda superveniente de objeto, haja vista que houve a denúncia da Convenção pelo Presidente da República, antes que fosse apreciado o cerne da questão.

Convém registrar que o ato de denúncia praticado por Fernando Henrique Cardoso, então Presidente da República, antes mesmo de reconhecida a suposta inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, fora repudiado no meio jurídico, vejamos:

*O Brasil, livremente, ratificou um tratado. Submeteu-o à aprovação interna na forma de sua Constituição. Depositou-o no órgão de origem, publicou o decreto promulgado. Agora, contrariamente ao art. 46 do Tratado de Viena e art. 11 da Convenção de Havana, querem subtrair-lhe a validade interna e, o que é pior, com argumentos formais e inconvincentes (SILVA, 1996, p. 105).*

Isto porque, como já mencionado, o ato de ratificação da Convenção fora um ato complexo, com a participação do Congresso Nacional, conforme determina a Constituição Federal.

Noutra banda, a denúncia foi um ato unilateral do Chefe do Poder Executivo, em nítida violação ao panorama constitucional brasileiro que determina que os atos de ratificação ou denúncia de tratados ou acordos internacionais é complexo, ou seja, necessária a participação tanto do Poder Executivo como do Legislativo, vejamos:

*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.  
[...]*

*Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...]  
VIII - celebrar tratados, convenções, e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. [...]*

A partir das normas supra transcritas conclui-se que o Presidente de República não tinha competência para denunciar unilateralmente a Convenção que fora ratificada com autorização do Congresso Nacional. Assim aponta a doutrina nacional, *in verbis*:

*“A revisão a nosso ver deve ser no sentido de restringir a autonomia do Executivo para a condução da política externa. Ela deve ser feita no sentido de se exigir aprovação do Legislativo para a denúncia de tratados relativos aos direitos do homem, às convenções internacionais do trabalho, os que criam organizações internacionais e às convenções de direitos humanitários.” (PIOVESAN, 2009).*

Outrossim, a partir de uma interpretação simétrica, não soa razoável/lógico exigir a participação do Congresso Nacional para atos de ratificação de tratados ou convenções internacionais e excluí-lo do processo de denúncia. Até porque, como é cediço, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, representam o interesse do povo brasileiro, único detentor de poder no Estado Democrático de Direito.

Não obstante a clareza dos dispositivos constitucionais que tratam da matéria, Thiago Borges (2011, p. 79) recorda que, em 1926, o jurista Clóvis Bevilacqua emitiu um parecer, acerca do Tratado da Liga das Nações, onde concluiu que é necessária a coparticipação do Executivo e Legislativo para vincular o país a um tratado internacional, entretanto, para a realização da denúncia, a manifestação de somente um dos poderes é suficiente.

Relevante destacar que a matéria em apreço está sendo tratada pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) tombada sob o n.º 1.625 que impugnou o ato de denúncia da Convenção 158 da OIT.

Atualmente, a referida ADI está no gabinete do Min. Dias Tóffoli para prolação de voto-vista, sendo que até a presente data 05 (cinco) votos defendem a inconstitucionalidade da denúncia por ato unilateral do Presidente da República, sendo apenas 01 (um) voto em sentido contrário.

O entendimento, até então majoritário, segue a lógica defendida neste trabalho, qual seja: como a aprovação dos tratados é um ato complexo, a denúncia não pode ser feita

através de ato unilateral do Presidente da República, sendo imprescindível a atuação conjunta do Poder Legislativo.

Desta forma, tendo em vista que predomina a tese de que as decisões que declaram a inconstitucionalidade possuem efeitos *ex tunc* (retroativos), uma vez declarado inconstitucional o ato de denúncia, praticado em 1996, todas as despedidas arbitrárias ocorridas desde então serão também consideradas nulas.

Por tal razão, em virtude do grande impacto jurídico, econômico e social que a declaração da nulidade da denúncia pode acarretar, bem provável que o Supremo Tribunal Federal module os efeitos temporais da decisão, conforme consignado no voto do Ministro Teori Zavascki.

No mais, acaso a Corte Constitucional declare a inconstitucionalidade do ato de denúncia, convém registrar que atualmente as normas previstas na Convenção 158 da OIT gozariam de caráter supralegal (art. 5º, § 3º da CF) por se tratar de diploma internacional que versa sobre direitos humanos aprovado por maioria simples do Congresso Nacional.

A reinserção da Convenção 158 ao direito brasileiro seria uma memorável conquista para os trabalhadores, haja vista que reforçaria no ordenamento nacional a vedação da dispensa arbitrária ou sem justa causa, podendo, até mesmo fazer às vezes da lei complementar disposta no art. 7º, I da Magna Carta.

Defende-se esta idéia porque a própria Corte Suprema entendeu que o Código Tributário Nacional, instituído por Lei Ordinária, é instrumento apto para fixar normas gerais tributárias, embora a Constituição estabeleça expressamente que tal matéria deveria ser tratada por Lei Complementar. Tal raciocínio deve ser também aplicado ao caso, sendo a Convenção instrumento hábil a suprir a ausência da Lei Complementar referida no art. 7º, I da CF, até hoje não editada.

No entanto, convém ressaltar que o fato da aplicabilidade da referida Convenção está em análise pelo Supremo Tribunal Federal não concede aos empregadores o direito

potestativo de rescindir o pacto laboral, isto porque o próprio texto constitucional possui previsão similar ao do diploma internacional.

## 4.2 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

A proteção contra a dispensa motivada não está prevista somente na Convenção 158 da OIT, que possui sua aplicabilidade questionada no ordenamento jurídico interno. A própria Constituição Federal aponta que o empregador não possui o direito potestativo de encerrar a relação contratual, vejamos:

*Art. 7. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:  
I - relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; [...]*

Nota-se que a Constituição Federal veda a ruptura contratual por ato unilateral do empregador. No mais, a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional, percebe-se que o legislador constituinte conferiu ao trabalho um valor fundamental.

Segundo a Magna Carta a República Federativa do Brasil é fundada nos “*valores sociais do trabalho*”, por sua vez a ordem econômica deve ser baseada na “*valorização do trabalho*” e a ordem social tem por base o “*primado do trabalho*”.

Assim, resta evidente a importância atribuída ao trabalho no texto constitucional, sendo este um dos principais instrumentos para “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*” e “*garantir o desenvolvimento nacional*”.

No mais, a partir da interpretação do dispositivo constitucional retro transcrito, nota-se que o legislador constituinte ao tratar da despedida arbitrária ou sem justa causa não esgotou a matéria, atribuindo esta tarefa para a lei complementar, talvez em razão da importância de maiores debates sobre o tema.

Isto porque, a matéria abordada é há muito tempo objeto de preocupação no meio jurídico em razão de sua relevância, além do que consiste em inúmeras vezes, na intervenção estatal na economia e na vida privada dos empregadores.

Ocorre que, até a presente data não houve a edição da referida lei complementar, talvez em virtude da falta de interesse político em regular a matéria em questão.

Desta forma, enquanto pendente a lei complementar, aplica-se o disposto no art. 10 do ADCT que compensa a despedida arbitrária ou sem justa causa com o aumento do pagamento do FGTS de 10% para 40%.

Não obstante a inércia do Poder Legislativo, embora parte da doutrina sustente que o artigo mencionado não tem o condão de produzir efeitos imediatos (seria mera norma programática ou norma constitucional de eficácia limitada) este não é o melhor entendimento sobre a matéria. Explica-se.

A classificação da eficácia das normas constitucionais, propostas por José Afonso da Silva (2010, p. 180), dispõe que existem as normas de eficácia plena, as normas de eficácia contida e as normas de eficácia limitada.

As normas de eficácia plena são aquelas que possuem normatividade suficiente para atuar independente de integração de norma posterior, ou seja, possuem aplicabilidade direta, imediata e integral. Por sua vez, as normas de eficácia contida também não necessitam de integração legislativa, contudo, o próprio texto constitucional permite a edição de lei integrativa, sendo, portanto, normas de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral. Por fim, as normas de eficácia limitada ou reduzida só produzem efeitos após serem complementadas por lei posterior, logo, são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida.

Assim, a partir da classificação proposta, é possível concluir que a norma prevista no art. 7º, I da Magna Carta é de eficácia contida, pois a própria Constituição prevê a possibilidade de regulação através de lei complementar, logo de aplicabilidade imediata. Nesse sentido a doutrina de Jorge Luiz Souto Maior (2004) e José Afonso da Silva (2003, p. 289), *ipsis litteris*:

*“Ora, da previsão constitucional não se pode entender que a proibição de dispensa arbitrária ou sem justa causa dependa de lei complementar para ter eficácia jurídica, pois que o preceito não suscita qualquer dúvida de que a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa trata-se de uma garantia constitucional dos trabalhadores. Está-se, diante, inegavelmente, de*

*uma norma de eficácia plena. A complementação necessária a esta norma diz respeito aos efeitos do descumprimento da garantia constitucional."*

*"Temos para nós que a garantia do emprego é um direito, por si bastante, nos termos da Constituição, ou seja, a norma do art. 7º, I, é por si só suficiente para gerar o direito nela previsto. Em termos técnicos é de aplicabilidade imediata, de sorte que a lei complementar apenas virá determinar os limites dessa aplicabilidade, com a definição de elementos (despedida arbitrária e justa causa) que delimitem sua eficácia, inclusive pela possível conversão em indenização compensatória da garantia de permanência no emprego. Indenização não é garantia da relação de emprego. Como se vê no texto, é uma medida compensatória da perda do emprego. Se a Constituição garante a relação de emprego, o princípio é o da conservação, e não o da sua substituição. Compreendido o texto especialmente em conjugação com o § 1 do art. 5º, aplicável aos direitos do art. 7º - que se enquadram também entre os direitos e garantias fundamentais - chega-se à conclusão de que a norma do citado inciso I é de eficácia contida"*

Nessa linha de entendimento, o art. 7º, I da Magna Carta, como norma de eficácia contida teria, no mínimo, o condão de invalidar as dispensas arbitrárias e sem justa causa. Não foi diferente o entendimento estabelecido no Enunciado n º 2 da I Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, vejamos:

*I - ART. 7º, INC I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EFICÁCIA PLENA. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEVER DE PROTEÇÃO. A omissão legislativa impõe a atuação do Poder Judiciário na efetivação da norma constitucional, garantido aos trabalhadores a efetiva proteção contra a dispensa arbitrária.*

*II - DISPENSA ABUSIVA DO EMPREGADO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. NULIDADE. Ainda que o empregado não seja estável, deve ser declarada abusiva e, portanto, nula a sua dispensa quando implique a violação de algum direito fundamental, devendo ser assegurada prioritariamente a reintegração do trabalhador.*

No mais, o próprio art. 5, § 1º, da Lei Maior prevê que *"as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata"*, de forma que é inconcusso que tal preceito normativo se aplica ao art. 7º, I da Magna Carta.

Não obstante as lições acima expostas, a doutrina e a jurisprudência majoritárias ainda defendem que a norma em comento possui eficácia limitada, ou seja, somente produzirá efeitos com a edição da lei complementar, de modo que fazem do ditame constitucional letra morta, no que se convencionou chamar de constitucionalização simbólica, fato este que atenta contra a máxima efetividade e a força normativa da Constituição.

*Portanto, a ausência de eficácia e de vigência social da proteção constitucional contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa revela claramente como o Estado (constituente) se utilizou de dispositivos constitucionais com caráter hipertroficamente simbólico para adiar a resolução de conflitos sociais e causar a falsa impressão de que estava atuando em prol da melhoria das condições sociais, quando, em verdade, tais dispositivos já nasceram com o objetivo de terem sua eficácia bloqueada por questões não jurídicas, mas sim por questões políticas e econômicas. (GASPAR, 2011)*

Contudo, ainda que a vedação contra a despedida arbitrária fosse norma de eficácia limitada, a inércia do Poder Legiferante não poderia servir de pretexto para inobservância do direito social/fundamental pelo Poder Judiciário, tal como exposto no Enunciado 2 da I Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho acima transcrito e pelo posicionamento de doutrina moderna, vejamos:

*Portanto, tem-se que não pode o Poder Judiciário, diante da omissão dos Poderes Legislativo e/ou Executivo, manter-se igualmente omissos dado que, diante da posição de destaque que assumo no Estado Democrático de Direito, a ele cabe concretizar os dispositivos constitucionais, notadamente aqueles que não demandem uma alocação de recursos materiais (GASPAR, 2011).*

Frisa-se que o Supremo Tribunal Federal, ao abordar a matéria no Mandado de Injunção 712-8, que versou acerca da omissão do Poder Legislativo em editar a Lei de Greve dos Servidores Públicos (art. 37, VII da CF), determinou que cabe ao Poder Judiciário produzir a norma para conferir efetividade ao referido direito constitucional.

Noutra banda, no caso do art. 7º, I da Magna Carta, a Corte Maior também já fora provocada em diversas oportunidades acerca da inércia do Poder Legiferante em elaborar a Lei Complementar referida no dispositivo constitucional em comento. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Injunção 628/RJ, decidiu que não é o caso de omissão legislativa, pois, no próprio texto constitucional há norma provisória que regula a matéria, vejamos:

*Existindo norma, na própria Constituição Federal, mais precisamente no art. 10, I, do A.D.C.T., que regula, provisoriamente, o direito previsto no inciso I do art. 7º da Parte Permanente, enquanto não aprovada a lei complementar a que se refere, mostra-se descabido o Mandado de Injunção destinado a compelir o Congresso Nacional a elaborá-la. 2. Precedentes: Mandados de Injunção nos 487 e 114. 3. Mandado de Injunção não conhecido.'*

Não obstante o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme é cediço, a norma prevista no ADCT é meramente provisória, enquanto não regulada a matéria através de Lei Complementar. No caso em questão, o art. 10, I do ADCT não tutela a efetiva proteção ao emprego com a vedação da dispensa arbitrária ou sem justa causa, mas, tão somente, onera financeiramente o empregador quando este opta em exercer a denúncia vazia do pacto laboral.

Desta forma, reputo que, decorridos quase 03 (três) décadas da promulgação da Magna Carta, há sim omissão legislativa no que tange a Lei Complementar mencionada pelo art. 7º, I da CF, vez que a norma transitória tinha o condão de regular a matéria em um “curto período de tempo”, não podendo se protrair por quase 30 (trinta) anos, sobretudo, quando se trata da efetivação de um direito fundamental.

No mais, ainda que não editada a Lei Complementar referida no art. 7º, I da Constituição Federal, é possível afirmar que o ordenamento jurídico nacional, como um todo, fundado na dignidade da pessoa humana e na valorização do trabalho obsta a despedida arbitrária do obreiro, ante a aplicação imediata do dispositivo constitucional abordado, conforme já exposto linhas atrás.

Em outra linha de argumentação, nem mesmo nas relações civis, onde se pressupõem a igualdade entre as partes, é possível a resolução contratual por puro arbítrio de um dos contratantes, conforme previsto no art. 122 do Código Civil (VALE, 2013, p. 191). Ora, tal raciocínio deve também ser aplicado nas relações trabalhistas, sobretudo, em virtude hipossuficiência do trabalhador em face do empregador.

Além disso, o próprio dispositivo constitucional em comento aduz que o empregado despedido sem justo motivo fará jus a indenização, portanto, se a Lei Maior estabeleceu reparação patrimonial para o obreiro nos casos de dispensa arbitrária, é porque a considera o ato do empregador ilícito, conforme inteligência do art. 927 do Código Civil (VALE, 2013, p. 192).

Pensar de modo diverso é entender que a própria Constituição Federal permite que o trabalhador se enriqueça sem justo motivo, em detrimento do empregador que estaria agindo no seu legítimo direito potestativo de despedir.

#### 4.3 CONSEQUÊNCIAS

Conforme já esclarecido nas linhas acima, o ordenamento jurídico pátrio veda a despedida arbitrária ou sem justa causa, de modo que não há que se falar em direito potestativo do empregador em pôr fim a relação de emprego.

A partir da interpretação conjunta da Constituição Federal, da Convenção 158 da OIT e da própria Consolidação das Leis Trabalhistas, tem-se que a despedida deve ser fundamentada em justa causa (art. 482 da CLT) ou em motivos técnico, econômico ou financeiro (art. 165 da CLT e 4º da Convenção).

Do contrário, senão apresentado um motivo socialmente aceitável para a despedida, o ato será arbitrário, cabendo a declaração de nulidade do ato e o retorno ao *status quo ante*.

Em outras palavras, não justificada a resilição do pacto laboral, o obreiro faz jus a reintegração ao posto de trabalho (retorno ao estado anterior das coisas) e, caso isto não seja possível ou aconselhável, o Poder Judiciário deverá fixar indenização compensatória.

Nesse sentido, importante trazer a lume o posicionamento da doutrina, que aborda as consequências de todas as hipóteses de resilição do contrato de trabalho, *in verbis*:

*Nesse trilhar, a ordem jurídica pátria prevê quatro hipóteses de dispensa: i) arbitrária, ou sem qualquer motivação, sendo possível, nesse caso, a reintegração do trabalhador ao emprego, sem prejuízo da indenização a que se refere a Constituição; ii) motivada, mas sem justa causa, passível de indenização compensatória, já prevista no art. 10, I, do ADCT; iii) por justa causa, que não comportará indenização; iv) discriminatória, redundando na nulidade do ato, com a possibilidade de reintegração e indenização. (VALE, 2013, p. 53)*

A reintegração nos casos de despedida arbitrária ou sem justo motivo pode parecer utópica demais, entretanto, este é o caminho trilhado pela própria Constituição Federal

ao dispor no art. 7º, inciso I, que cabe a Lei Complementar prever “indenização compensatória, dentre outros direitos”.

No mais, reforça este entendimento o fato de que o próprio *caput* do artigo em comento assegura aos trabalhadores outros direitos que visem à melhoria das condições sociais.

Desta forma, para que se tenha uma real proteção da relação em emprego, conforme diretrizes firmadas pela Lei Maior e pela Convenção 158 da OIT, imprescindível que se assegure ao obreiro, como regra, o direito de ser reintegrado ao emprego.

Entretanto, este posicionamento ainda é minoritário. A doutrina dominante, afirma que a Lei Complementar que irá disciplinar a matéria deverá prevê uma indenização compensatória, contudo, não poderá prevê a reintegração “*dentre outros direitos*” (ROMITA, 1994)

Isto porque, a doutrina majoritária defende que a Constituição Federal, ao substituir o sistema da estabilidade decenal pelo do FGTS, extinguiu com a estabilidade permanente, conservando-se somente a estabilidade provisória (ex. grávidas, cipeiros, dirigentes sindicais, *etecetera*).

Convém registrar que o ordenamento jurídico pátrio não estabelece uma estabilidade definitiva ao empregado, mas, tão somente, veda o “direito potestativo” do empregador em pôr fim ao contrato de emprego sem, ao menos, apresentar um motivo que justifique a extinção da relação (MAIOR, 1996)

Assim, a interpretação dominante, não pode ser empecilho ao fim maior previsto na Magna Carta e na Convenção 158 da OIT, que é a preservação/continuidade da relação de emprego, de forma que seja vedada a despedida arbitrária ou motivada.

Frisa-se que, estabelecer tão somente uma indenização compensatória é esvaziar o conteúdo da norma constitucional, eis que não haverá uma proteção efetiva da relação de emprego, haja vista que o exercício do “direito potestativo” permaneceria válido, só seria um pouco mais oneroso.

No mais, convém registrar que há situações em que a reintegração é impossível ou não aconselhável, tais como nos casos em que há uma relação pessoal entre obreiro e patrão (ex. trabalhador doméstico), onde o Magistrado deverá aplicar indenização substitutiva, por aplicação analógica do art. 496 da CLT, devendo esta medida ser excepcional.

Desta forma, em síntese, temos que o empregado que fora vítima de uma despedida arbitrária ou imotivada, poderá pleitear junto a Justiça do Trabalho sua reintegração ao cargo ou, excepcionalmente, uma indenização compensatória, caso a reintegração seja desaconselhável.

## 5 CONCLUSÃO

A grande rotatividade de mão de obra, ocasionada por uma legislação/interpretação permissiva, acarreta na precarização das relações trabalhistas, visto que impede que direitos sejam incorporados aos contratos de trabalho dos obreiros.

Na atual sociedade capitalista, o emprego pode ser considerado como o principal instrumento de inserção social, razão pela qual está intimamente ligado com a dignidade da pessoa humana, afinal, "o trabalho dignifica o homem".

Além disso, o próprio texto constitucional pátrio conferiu grande importância ao trabalho, ao trazê-lo como um dos fundamentos da República, da ordem econômica e da ordem social.

Desta forma, se verifica que é de suma importância que o ordenamento jurídico preveja mecanismos que assegurem que as relações de emprego sejam mais duradouras.

O sistema jurídico nacional, visando preservar e tutelar a continuidade da relação de emprego, estabelece que, via de regra, os contratos de emprego devem ser por prazo indeterminado, bem como veda a despedida arbitrária.

Entende-se por despedida arbitrária todas aquelas que não forem embasadas em motivos técnicos, disciplinares ou econômico-financeiros (art. 165 CLT). Em outras palavras, o empresário, para pôr fim ao contrato de trabalho, deve sempre apresentar uma justificativa socialmente aceitável, sob pena de, não o fazendo, a despedida ser considerada arbitrária. Nota-se que esta exigência está em plena consonância com o dever anexo de informação decorrente da boa-fé objetiva.

O art. 7º, I da Lei Maior assegura expressamente a proteção do emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Trata-se de norma constitucional de eficácia contida, portanto, de aplicabilidade imediata. Até porque, a Lei Complementar, que deverá ser elaborada, não poderá contrariar o texto constitucional.

Entretanto, há posicionamento diverso. A doutrina dominante defende que o dispositivo constitucional em comento possui eficácia limitada, logo, só produzirá efeitos depois de editada a Lei Complementar, o que até a presente data, decorridos quase 30 (trinta) anos de vigência da Magna Carta, ainda não ocorreu.

Contudo, este entendimento, apesar de majoritário, torna a norma constitucional letra morta, ou seja, sem qualquer eficácia, de forma que hoje se admite que há um direito potestativo do empregador em despedir um funcionário, desde que arque com o pagamento da indenização prevista no art. 10, I do ADCT.

Por tal razão, defende-se que este posicionamento, em razão da inércia do Poder Legislativo em editar a Lei Complementar, acarreta em uma constitucionalização simbólica da proteção ao emprego, vez que tal direito não goza de nenhuma efetivação no plano prático.

No entanto, é possível superar a inércia do Poder Legiferante. Isto porque, a Corte Suprema, no julgamento referente a Lei de Greve do Servidor Público, determinou que, diante da inércia do Congresso Nacional em elaborar Lei Complementar, é possível que o Poder Judiciário conceda a efetividade ao dispositivo constitucional. Tal entendimento se aplica perfeitamente ao caso em estudo, sobretudo porque se trata da efetivação de um direito fundamental.

Ademais, diante da relevância da matéria, esta é também regulada através de diploma internacional, a Convenção 158 da OIT, que prevê expressamente a impossibilidade de despedida arbitrária ou sem justa causa.

Pontua-se que a referida Convenção fora ratificada pelo Brasil, contudo, meses após sua vigência internamente, o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, a denunciou, sem autorização do Congresso Nacional.

Por tal razão, a denúncia foi irregular, haja vista que fora feita através de ato unilateral do Presidente da República, enquanto a Magna Carta (art. 49, I) exige a coparticipação dos Poderes Executivo e Legislativo. Além do que, o ato de denúncia implicou em nítido retrocesso social, sendo este mais um motivo para a sua inconstitucionalidade.

Atualmente, tramita no Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade que atacou o ato de denúncia. O referido Tribunal aponta no sentido de acatar a tese de que o ato de denúncia é complexo, ou seja, exige a conjugação de vontades do Poder Executivo e Legislativo.

Entretanto, em razão das repercussões jurídicas, sociais e econômicas, acredita-se que o STF irá modular os efeitos temporais da decisão, conferindo-lhe somente efeitos *ex tunc*, ou seja, não haveriam efeitos retroativos.

Desta forma, se reconhecida a inconstitucionalidade da denúncia, a Convenção 158 da OIT, seria reintegrada ao ordenamento jurídico e, por ser compatível com sistema jurídico nacional, poderá suprir a ausência da Lei Complementar, em virtude do seu caráter de supra legalidade por ser um tratado que versa sobre direitos humanos e que fora aprovado por maioria simples do Congresso Nacional.

Assim, uma vez verificada a despedida arbitrária ou sem justo motivo, o obreiro fará jus a reintegração ao emprego e, acaso esta medida não seja possível ou aconselhável, deverá receber uma indenização compensatória.

Nota-se que o direito a reintegração ao posto de trabalho é um avanço importante na efetiva proteção da relação de emprego, posto que a indenização compensatória não se revela como instrumento apto a garantir a continuidade do contrato de trabalho (somente onera um pouco mais a despedida arbitrária, mas não a torna ineficaz).

Convém pontuar que a vedação à despedida arbitrária e a consequente reintegração não ocasionam o engessamento das relações trabalhistas, haja vista que não é assegurada aos empregados uma estabilidade definitiva, mas, tão somente, condiciona a extinção do vínculo empregatício à apresentação de um motivo socialmente aceitável.

Por fim, conclui-se que a proteção efetiva da relação de emprego traz benefícios para toda a conjuntura socioeconômica da nação, além de promover a dignidade da pessoa humana e auxiliar na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo primordial da República Federativa do Brasil.

## 6 REFERÊNCIAS

AGUIAR Jr, Ruy Rosado de. A sentença criminal condenatória e a resolução do contrato de trabalho. In: **Revista LTr Legislação do Trabalho e Previdência Social**, v. 52, Set. 1988

ALMEIDA, Edvaldo Nilo. Fim ou reinício do direito do trabalho no Brasil?. In: **Novos nomes em direito do trabalho**, volume III; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (org.)

ALMEIDA, Isis. O regime de trabalho temporário. In: **Curso de Direito do Trabalho**. Estudos em memória de Célio Goyatá. São Paulo: Editora LTr, 1994.

AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo, Editora Malheiros, 2012.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2012

BORGES, Thiago Carvalho. **Curso de Direito Internacional Público e Privado**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

BRANDÃO, Cláudio. Despedida sem justa causa do empregado: Princípios constitucionais como limitadores ao direito do empregador. In: **Teses da Faculdade Baiana de Direito**, volume 3, 2011.

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

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1480/DF**. Rel. Min. Celso de Mello. DJe jun. 2011

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1625/DF**. Rel. Min. Maurício Corrêa.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126292/SP**. Rel. Min. Teori Zavascki. DJe fev. 2017

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 628/RJ**. Rel. Min. Sydney Sanches. DJe ago. 2002

CANDEMIL, Alexandra da Silva. Dos pressupostos para a consolidação da justa causa pelo empregador. In: **Revista Legislação do Trabalho**, LTr, v. 71, 2007.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Niterói: Editora Impetus, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 15ª ed., 2016

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, v.I. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015

GASPAR, Danilo Gonçalves. A proteção contra a despedida sem justa causa ou arbitrária e a constitucionalização simbólica. In: **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.37, 2011

GENEBRA, **Convenção nº 158**. Dispõe sobre Término da Relação de Trabalho por iniciativa do Empregador. Organização Internacional do Trabalho, 1982.

GIGLIO, Wagner. **Justa Causa**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

HORCAIO, Ivan. **Direito do Trabalho aplicado e Processo do Trabalho**. São Paulo: Editora Primeira Impressão, 2008.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A garantia no emprego na perspectiva dos direitos fundamentais. In: **Estudos Aprofundados Magistratura do Trabalho**; MIESSA, Élisson (org.). Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Convenção n. 158 da OIT – dispositivo que veda a dispensa arbitrária é autoaplicável**. Teresina: ano 9, n. 475, 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5820>> Acesso em fev. 2017

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **Convenção 158 da OIT: um caso revelador da ideologia do direito**. Disponível em: <[www.jorgesoutomaio.com](http://www.jorgesoutomaio.com)> Acesso em fev. 2017.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da convenção 158 da OIT**. Disponível em: <[www.jorgesoutomaio.com](http://www.jorgesoutomaio.com)> Acesso em fev. 2017.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Despedida arbitrária ou sem justa causa**. São Paulo, Editora Malheiros, 1996.

MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

MARANHÃO, Délio; SUSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA, Lima; SEGADAS, Vianna. **Instituições de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 1996.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo, Editora Atlas, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: Editora LTr, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MELO, Daniel Gonçalves. A proteção à relação de emprego e a (in)constitucionalidade do ato de denúncia da Convenção n. 158 da OIT. In: **Revista Trabalhista Direito e Processo**, n. 46, São Paulo, LTr, 2013.

MORAES FILHO, Evaristo. **A justa causa na rescisão do contrato de trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2003

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014

PESSOA, Valtom Dória. **A incidência da boa-fé objetiva e do venire contra factum proprium nas relações de trabalho**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2003

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. Proteção contra a despedida arbitrária. In CARRION, Valentin (org.) Trabalho & Processo, **Revista Jurídica Trimestral**. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, Editora Malheiros, 2003.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2000.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004.

VALE, Sílvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. O devido processo legal como solução para a motivação na despedida. In: **Revista Trabalhista Direito e Processo**, n. 47, São Paulo, LTr, 2013.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **O devido processo legal como solução para a motivação na despedida.** 2013. Dissertação (Mestrado em relações sociais e novos direitos), Universidade Federal da Bahia, Bahia.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. **A justa causa no direito do trabalho.** São Paulo: Editora Malheiros, 1995.