

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (MESTRADO)

Raul José da Silva Junior

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU
SEM JUSTA CAUSA -
ELEMENTOS E FUNDAMENTOS PARA EFETIVAÇÃO

Maceió

2017

RAUL JOSÉ DA SILVA JUNIOR

**A proteção constitucional contra a despedida arbitrária ou sem justa causa -
Elementos e fundamentos para efetivação**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Barros Correia Júnior

Maceió

2017

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central

Bibliotecária Responsável: Janaina Xisto de Barros Lima

S586p Silva Junior, Raul José da.

A proteção constitucional contra despedida arbitrária ou sem justa causa – elementos e fundamentos para efetivação / Raul José da Silva Junior. – 2017.

147 f.

Orientador: José Barros Correia Júnior.

Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2017.

Bibliografia: f. 141-147.

1. Direito constitucional. 2. Empregados – Demissão. 3. Estabilidade no emprego – Legislação. 4. Dignidade humana. I. Título.

CDU: 342



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO



RAUL JOSÉ DA SILVA JÚNIOR

“A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA – Elementos e fundamentos para efetivação”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. JOSÉ BARROS CORREIA JÚNIOR

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência da primeira, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Profa. Dra. Alessandra Marchioni (UFAL)

Julgamento: Aprovado (9,0) Assinatura: Alessandra Marchioni

Prof. Dr. Marcos Ehrhardt Jr. (UFAL)

Julgamento: APROVADO (9,0) Assinatura: M. Ehrhardt Jr.

Prof. Dr. Ricardo Tenório (convidado externo/UNIT)

Julgamento: Aprovado (9,0) Assinatura: R. Tenório

Maceió, 18 de agosto de 2017.

A minha esposa, aos meus filhos e aos meus pais, minhas referências
no tempo, no espaço e na alma.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. José Barros Correia Júnior, pelo exemplo de competência, simplicidade e atenção.

A minha esposa Mônica, minha sorte grande, a quem devo meus melhores dias, a alegria das coisas pequenas e das coisas grandes, o companheirismo e o amor de todas as horas.

Aos meus filhos Giulia e Guilherme, redefinição do amor, minhas porções de eternidade, estrelas que iluminam e fazem infinito meu pequeno universo.

A minha mãe e a meu pai (*in memoriam*), meus exemplos de tudo.

Aos meus irmãos, Luiz e Simone, partes de minha história, desde sempre.

Aos amigos Marcelo Vieira e João Leite, pelo apoio, incentivo e amizade.

Aos colegas da Turma Hart, que a convivência transformou em amigos e companheiros leais.

Aos professores do curso, pela dedicação, comprometimento e atenção.

Nosso dia vai chegar
Teremos nossa vez
Não é pedir demais:
Quero justiça
Quero trabalhar em paz

Não é muito o que lhe peço
Eu quero um trabalho honesto
Em vez de escravidão

Deve haver algum lugar
Onde o mais forte não
Consegue escravizar
Quem não tem chance

De onde vem a indiferença
Temperada a ferro e fogo?
Quem guarda os portões da fábrica?

O céu já foi azul, mas agora é cinza
O que era verde aqui já não existe mais

Quem me dera acreditar
Que não acontece nada
De tanto brincar com fogo
Que venha o fogo então

Esse ar deixou minha vista cansada
Nada demais

Renato Russo

RESUMO

A falta de efetividade da proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa é situação que merece estudo aprofundado. Trata-se do primeiro de muitos direitos fundamentais sociais do trabalhador brasileiro, ainda não efetivado ao fundamento de que imprescindível a edição de legislação complementar. A estabilidade no emprego, e não apenas o pagamento de indenizações é objeto de análise na presente dissertação, que para tanto buscará demonstrar que o contexto constitucional em vigor tem como valor central a dignidade da pessoa humana, o qual se encontra diretamente ligado à proteção ao emprego, que no regime capitalista constitui a principal forma de exploração do trabalho humano e, portanto, principal meio de subsistência do trabalhador. Por isso, num primeiro capítulo será estudada a atual situação de inefetividade desse direito, com apontamento dos elementos constitucionais que justificam a necessidade de torná-lo efetivo, como a princípio da dignidade da pessoa humana e a função social da propriedade e da empresa. A seguir, outro enfoque a ser analisado será o das estabilidades já existentes no ordenamento jurídico nacional, que apesar de baseadas em situações específicas, têm também na dignidade da pessoa humana fundamento de sustentação, exatamente como se passa com relação ao disposto no inciso I do art. 7º da Constituição. Desse modo, a questão a ser demonstrada é a presença de um elemento comum entre as estabilidades já em vigor e a necessidade de proteção ao emprego sob estudo, o que justifica a possibilidade de que essa proteção venha a ser feita também por meio de estabilidade no emprego. Na sequência, serão estudadas outras questões relevantes a esse desiderato, como a possibilidade de internalização da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, na qual prevista a exigência de motivação para dispensas, além da discussão sobre as dispensas coletivas, que a jurisprudência brasileira vem considerando válidas apenas quando precedidas de negociação coletiva prévia. Por fim, o estudo será direcionado à possibilidade de criação de estabilidade, inclusive por tempo de serviço, por meio de acordos coletivos de trabalho e convenções coletivas de trabalho. Com isso, espera-se contribuir com as discussões acerca do modo pelo qual deva se dar efetividade a esse importante direito fundamental do trabalhador brasileiro.

Palavras-chave: Despedida arbitrária, proteção, estabilidade, dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The lack of effectiveness of the protection of the employment relationship against arbitrary dismissal or without just cause is a situation that deserves further study. This is the first of many fundamental social rights of the Brazilian worker, not yet implemented on the grounds that it is essential to issue complementary legislation. Stability in employment, and not only the payment of indemnities, is analyzed in this dissertation, which will seek to demonstrate that the constitutional context in force has as its central value the dignity of the human person, which is directly linked to the protection of the Employment, which in the capitalist regime constitutes the main form of exploitation of human labor and, therefore, the worker's main means of subsistence. Therefore, in a first chapter the current situation of ineffectiveness of this right will be studied, with an indication of the constitutional elements that justify the need to make it effective, such as the principle of the dignity of the human person and the social function of property and business. Next, another approach to be analyzed will be the stabilities already existing in the national legal system, which, although based on specific situations, also have in the dignity of the human person a foundation of support, exactly as it happens with regard to the provisions of item I of the Art. 7 of the Constitution. Thus, the issue to be demonstrated is the presence of a common element between the stabilities already in force and the need to protect employment under study, which justifies the possibility that this protection may also be achieved through employment. Other issues relevant to this aim will be studied, such as the possibility of internalization of Convention 158 of the International Labor Organization (ILO), in which the requirement of motivation for dispensations, in addition to the discussion on collective dispensations, is provided for, which Brazilian jurisprudence Considered valid only when preceded by prior collective bargaining. Finally, the study will focus on the possibility of creating stability, including time of service, through collective bargaining agreements and collective bargaining agreements. With this, it is hoped to contribute to the discussions about the way in which this important fundamental right of the Brazilian worker should be effective.

Keywords: Arbitrary dismissal, protection, stability, dignity of the human person.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO I - O CONTEXTO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO CONTRA DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA	16
1. Notas iniciais sobre a atual situação de inefetividade da norma constitucional do inciso I, do art. 7º da Constituição Federal	16
2. Fundamentos da proteção constitucional contra despedida arbitrária ou sem justa causa	22
2.1. Dignidade da pessoa humana e mínimo existencial	25
2.2. A questão do condicionamento da efetividade dos direitos fundamentais à legislação infraconstitucional	33
3. A função social da empresa e a garantia constitucional de proteção ao emprego no Brasil	36
3.1. O conceito de função social da empresa	38
3.2. A função social da empresa na ordem constitucional brasileira	40
3.3. Função social e responsabilidade social da empresa	44
3.4. A necessária correlação entre função social da empresa e a garantia constitucional de proteção ao emprego	46
CAPÍTULO II – ESPÉCIES DE ESTABILIDADE E SEUS FUNDAMENTOS	49
1. As estabilidades já existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Fundamentos e objetos de proteção jurídica	49
1.1. A estabilidade por tempo de serviço	52
1.2 – Proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (inciso I, do art. 7º da CF/88) e FGTS (inciso III do mesmo art. 7º). Um paradoxo?	58
1.3. As estabilidades provisórias em vigor no Brasil	62
1.3.1. A estabilidade do dirigente sindical	62
1.3.2. A estabilidade da gestante	67
1.3.3. A estabilidade do trabalhador acidentado	75
1.4. A estabilidade do servidor público	78
2. O Projeto de Lei Complementar 517/2015	82
CAPÍTULO III - A PROTEÇÃO CONTRA DESPEDIDA ARBITRÁRIA - CONVENÇÃO 158 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT	84
1. A proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa na Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho - OIT	84
1.1. A questão da internalização da Convenção 158 da OIT no Brasil. A impugnação à denúncia unilateral	

da Convenção pela Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.625/1997 _____	90
1.2. A natureza jurídica da norma internacional, após inserção no ordenamento jurídico interno _____	97
1.3. A operacionalidade da proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, em caso de internalização da proteção prevista na Convenção 158 da OIT _____	103
<i>CAPÍTULO IV - DISPENSA COLETIVA</i> _____	110
1. Repercussão geral e distinções entre despedida coletiva e individual _____	113
2. Despedida coletiva: negociação prévia ou incidência do inciso I do art. 7º da Constituição Federal? _____	116
3. Os reflexos sociais da despedida coletiva justificam tratamento jurídico diferenciado em relação às despedidas individuais? _____	117
<i>CAPÍTULO V – POSSIBILIDADE E LIMITES DA ESTABILIDADE NO EMPREGO POR MEIO DE ACORDOS COLETIVOS DE TRABALHO E CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO</i> _____	124
1. Particularidades e limites do Direito Coletivo do Trabalho _____	125
2. O <i>modus operandi</i> da proteção no Direito Coletivo do Trabalho _____	127
3. Os defeitos do sistema e as mudanças possíveis _____	130
4. A possibilidade da instituição da proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa por meio de acordos e convenções coletivos do trabalho _____	133
4.1. Estabilidades convencionais já existentes e a possibilidade de instituição de outras formas de estabilidade em acordos coletivos de trabalho e em convenções coletivas de trabalho _____	134
<i>CONCLUSÃO</i> _____	138

INTRODUÇÃO

No capitalismo, a principal forma de exploração do trabalho humano é, sem nenhuma dúvida, o emprego, que sob o ponto de vista do trabalhador empregado constitui o meio pelo qual se sustenta e a sua família.

Por isso, sob um olhar social, o desemprego constitui nada menos que uma tragédia, dado o efeito multiplicador e deletério que espalha por todo o corpo social, afetando negativamente todos os principais indicadores da sociedade, além de comprometer o crescimento econômico nacional. E isso sem falar na tragédia individual do trabalhador, que se vê despojado de meios de sustentar-se e aos seus.

Não por outra razão, o trabalho é tratado pelo Direito, de modo mais ou menos universal, como elemento diretamente vinculado aos mais caros valores individuais e sociais. Particularmente, no Brasil seu tratamento jurídico tem na Constituição Federal seu ponto alto, com diversas passagens a deixar clara essa importância. Daí a consagração dos valores sociais do trabalho como fundamento da República, já em seu artigo inaugural. Mais que isso, sua previsão no mesmo inciso no qual estatuída, também como fundamento da República, a livre iniciativa, numa clara demonstração de que viável, aos olhos da Constituição, o equilíbrio entre trabalho e capital.

Nesse mesmo sentido, a determinação constitucional constante de seu art. 170, de que a ordem econômica deve se fundar "na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa", com a finalidade de assegurar a todos existência digna. Além disso, nesse mesmo artigo a Carta de 1988 apresenta como princípio da ordem econômica a "busca do pleno emprego".

É elementar, portanto, que da conjugação dessas diretrizes se extraia que o emprego está diretamente ligado à dignidade da pessoa humana, também fundamento da República, e atualmente um dos mais elevados valores das Constituições ocidentais, a brasileira inclusive.

É justamente nesse contexto que se inserem os chamados direitos fundamentais (que no plano internacional recebem a denominação de direitos humanos), cuja conceituação remete a direitos indispensáveis do ser humano – consideradas suas dimensões individual e social – sem os quais não se conceberia a vida em sociedade, segundo critérios mínimos de civilidade, não obstante variarem em função de tempo e lugar.

Assim, retomando a premissa de que o trabalho é fonte universal de subsistência do

homem no regime capitalista, parece prescindível maior aprofundamento na demonstração de sua importância e da proteção jurídica não só do direito ao emprego, mas também do direito à permanência no emprego, já que o trabalhador, como evidente, estrutura e planeja a vida familiar com base na remuneração que auferir de seu trabalho.

Por isso, no rol dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, escrito no art. 7º da Constituição Federal, o primeiro de seus 34 incisos refere-se à "relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos."

Essa legislação complementar jamais foi editada, o que vem servindo de argumento e de justificativa à falta de efetividade dessa norma constitucional, limitando-se a proteção nela prevista à indenização correspondente a 40% dos depósitos de FGTS efetuados pelo empregador ao longo do contrato, quando da dispensa sem justa causa, indenização essa prevista nas disposições constitucionais transitórias, e que, de todo modo, opera no plano das consequências pela ruptura de um vínculo jurídico, e não propriamente como forma de evitar esse rompimento.

O objetivo da presente pesquisa é discutir e contextualizar essa situação de inefetividade do direito à proteção do emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, além de contribuir, neste âmbito acadêmico, com o esclarecimento da matéria, com possível apontamento de caminhos para a efetividade desse direito fundamental do trabalhador brasileiro.

Para isso, num primeiro capítulo será abordada a atual situação de inefetividade desse direito fundamental social, sendo também apresentados e discutidos os fundamentos que o amparam, com ênfase na questão da dignidade da pessoa humana, como já destacado valor central do atual ordenamento constitucional. Um outro tema abordado no capítulo inicial refere-se à função social da empresa no Brasil, expressamente prevista na Constituição Federal e que interfere diretamente na questão do emprego, inclusive sob a ótica de sua manutenção, sendo por isso objeto de análise.

Num segundo momento, o estudo buscará analisar as espécies de estabilidade no emprego existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque essas estabilidades, embora vinculadas a situações peculiares e bem definidas, têm também por fundamento, dentre outros, a dignidade da pessoa humana, de modo que seu estudo é essencial à

demonstração de que possível à legislação complementar a previsão de estabilidade, inclusive com possibilidade de reintegração, como forma de proteger, efetivamente, a relação de emprego, como determinado no inciso I, do art. 7º da Constituição.

Será ainda objeto de análise, no curso do Capítulo II, o Projeto de Lei Complementar nº 517/2015, de autoria do deputado paraibano Veneziano Vital do Rêgo, no qual se propõe majoração da indenização hoje prevista no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, além de estipulação de outra indenização, proporcional ao tempo de serviço, o que certamente influi positivamente na proteção ao emprego, por encarecer a dispensa, muito embora, como já frisado, isso esteja adstrito ao campo das consequências do ato já praticado, e não à sua prevenção.

Já no terceiro capítulo, a proposta é detalhar os termos de norma internacional que trata exatamente sobre a proteção ao emprego. Trata-se da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, estando este estudo direcionado à análise de sua possível reinserção no ordenamento jurídico brasileiro, no qual internalizada formalmente e logo a seguir denunciada por ato unilateral do então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, o que se encontra sob apreciação do Supremo Tribunal Federal – STF, em sede de ação direta de inconstitucionalidade – ADI, onde impugnado esse ato unilateral de desistência. Além disso, o trabalho também se propõe a discutir como se dará essa internalização, caso venha a ser acolhida a tese de inconstitucionalidade da denúncia pelo STF, com invalidação desse ato.

Uma outra abordagem a ser feita, já no Capítulo IV, concerne às dispensas coletivas. Mais precisamente, ao fato de a jurisprudência nacional vir considerando indispensável a prévia negociação coletiva em hipótese de despedidas em massa, situação que foi alvo de recente alteração pela assim chamada "Reforma Trabalhista", que expressamente desautoriza essa exigência de prévia negociação coletiva para as despedidas em massa, e que certamente ensejará acirradas discussões nos âmbitos da doutrina e da jurisprudência, que em razão de tratar-se de mudança legislativa recente, até aqui ainda não se pronunciou a respeito. Como quer que seja, a intenção do estudo é a de contextualizar essa posição e discutir sua relação para com a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, prevista no inciso I do art. 7º da Constituição de 1988. Será também abordada a disposição do novo art. 477-A da CLT, constante da Reforma Trabalhista aprovada em julho de 2017 e a entrar em vigência a partir de novembro desse mesmo ano.

Por fim, no quinto e último capítulo, a questão a ser apreciada é a da possibilidade e dos limites de criação de estabilidade em acordos coletivos de trabalho e convenções coletivas de trabalho, para o que o trabalho se propõe a esclarecer alguns pontos relevantes do Direito Coletivo do Trabalho no Brasil, de onde provêm essas normas coletivas autônomas mencionadas, bem como a posição da jurisprudência sobre a compatibilidade dessa previsão com o regime de FGTS, que como se sabe substituiu integralmente, com a Constituição Federal de 1988, o antigo regime de estabilidade por tempo de serviço, alcançada após dez anos de serviços a um mesmo empregador.

Todas essas questões serão abordadas considerando-se e discutindo-se a farta jurisprudência sobre elas existente, o que também reflete a importância do presente estudo, notadamente quando se percebe a existência de posições completamente antagônicas sobre a matéria.

Nesse sentido, o Enunciado nº 2 da 1ª Jornada de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho da Justiça do Trabalho, de 2007, assumindo posição no sentido da plena aplicabilidade da norma constitucional do inciso I do art. 7º da Carta de 1988, inclusive com possibilidade de reintegração do trabalhador, caso constatada a inexistência de motivo para a dispensa, o que já foi alvo de antiga decisão do STF em sentido diverso, como se verá.

Mais recentemente, ainda no âmbito jurisprudencial, causou grande polêmica a edição da Súmula nº 42, pelo Tribunal Regional do Trabalho do Espírito Santo, a qual, todavia, foi logo depois suspensa pelo próprio Tribunal Regional, à espera da decisão do Supremo Tribunal Federal – STF sobre a questão. Nessa súmula, o Regional considerava inconstitucional a já referida decisão unilateral do então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, que tornou sem efeito a internalização no Brasil da Convenção 158 da OIT.

Não há como esconder, diante desses fatos, a inquietação existente no meio jurídico acerca dessa questão, o que também corrobora a necessidade de maior aprofundamento da discussão que a envolve, inclusive no plano acadêmico, como se busca fazer no presente trabalho.

Deve ser dito, finalmente, que existe corrente contrária à efetivação do disposto naquela norma constitucional, essencialmente por razões de ordem econômica, e não propriamente jurídicas. Como quer que seja, o debate acerca das razões a favor e contra essa

efetivação é enriquecedor e proveitoso aos propósitos deste estudo.

A metodologia a ser utilizada será a de pesquisa bibliográfica, em livros de doutrina e artigos de revistas especializadas e em sítios de internet, análise do direito posto, quer constitucional, quer infraconstitucional e pesquisa de jurisprudência, além de demonstração do que vem sendo feito no campo da práxis jurídica a propósito do tema.

CAPÍTULO I - O CONTEXTO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO CONTRA DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA

1. Notas iniciais sobre a atual situação de inefetividade da norma constitucional do inciso I, do art. 7º da Constituição Federal

Como não poderia deixar de ser, a Constituição Federal cuidou de expressar, em diversas passagens de seu texto, sua preocupação com o direito AO trabalho e DO trabalho. Procurou o constituinte, com isso, refletir a moderna concepção do trabalho como elemento indispensável à efetivação do princípio da dignidade do ser humano, princípio esse erigido, como já dito, à categoria de direito fundamental e de fundamento da República, positivado já no art. 1º de nossa atual Carta Magna.

Além disso, não há dúvida de que o trabalho é meio necessário para que sejam alcançados os objetivos fundamentais da República, elencados no art. 3º da Constituição:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹

Diante disso, já no Título II, que dispõe sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, a Constituição prevê que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (art. 5º, XIII).

Cabe também o registro de que o *caput* do artigo 7º da Constituição menciona que não só os direitos e garantias arrolados em seus incisos constituem direitos sociais fundamentais dos trabalhadores, mas também outros que visem à melhoria de sua condição social.

¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Aí, talvez, a mais clara expressão do legislador constituinte no sentido de que qualquer direito que eleve a condição social do trabalhador – também incluídas as normas pactuadas entre trabalhadores e empregadores – deve ser enquadrado na categoria de direitos fundamentais trabalhistas.

O artigo 7º da Carta trata, sem dúvida, de elencar regras – e não princípios – de proteção ao trabalhador. Na precisa lição de Ricardo Tenório Cavalcante, “o artigo 7º tem um contorno nitidamente regratório. Cada um dos seus incisos estabelece uma regra, no sentido de definitividade, para o trabalhador, num grau de densificação elevado e quase nenhuma abstração.”²

Nada obstante, apesar de expressamente prevista no primeiro dos incisos do extenso rol de direitos fundamentais sociais destinados aos trabalhadores no art. 7º da Constituição Federal de 1988, a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, ali inserida como direito fundamental social, jamais teve efetividade.

O argumento a embasar a tese de impossibilidade de sua efetivação prática é a inexistência de lei complementar, até aqui não editada pelo Poder Legislativo, e que se encontra prevista no texto do próprio inciso.

Deve ser dito, entretanto, que lá apenas está cominado que a referida lei complementar "*preverá indenização compensatória, dentre outros direitos*", o que permite a interpretação de que a norma constitucional, no que determina a impossibilidade de despedida arbitrária ou sem justa causa do trabalhador, já deveria estar em vigor, apenas ficando pendente a indenização a ser disciplinada em legislação complementar, cabendo aqui lembrar a advertência de Celso Antônio Bandeira de Mello, de que todas as normas constitucionais têm algum tipo de eficácia, e todas elas "irradiam efeitos jurídicos, importando sempre numa inovação da ordem jurídica preexistente a entrada em vigor da Constituição a que aderem e a ordenação instaurada."³

No momento, vigora, a título de indenização compensatória, a multa de 40% do FGTS prevista no inciso I do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, conforme interpretação que vem prevalecendo no âmbito da jurisprudência dos Tribunais

² CAVALCANTE. Idem. 2008, p.93.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais. 1. ed., 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 13.

superiores, inclusive do Supremo Tribunal Federal, que em antiga decisão, de 2001, entendeu que essa indenização de cunho provisório obsta a determinação judicial de reintegração⁴.

Como se vê, atualmente a interpretação que vem sendo conferida àquele direito fundamental resume-se à previsão de compensação indenizatória a ser estipulada em legislação complementar, até hoje não editada, estando ainda em vigor indenização prevista em disposição constitucional transitória há quase 20 anos.

É digno de registro, porém, que o STF já sinalizou – com repercussão geral, mas na restrita hipótese de empresas públicas – que a dispensa deve ser motivada, o que não deixa de carregar um certo caráter alvissareiro em relação à possibilidade de que venha a Corte Suprema a rever sua posição para com o trabalhador da iniciativa privada, adequando-a à clara determinação constitucional do inciso I, do art. 7^a da Carta. Eis a ementa dessa decisão, proferida no Recurso Extraordinário 589998/PI:

EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO. I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes. II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho.⁵

Como quer que seja, trata-se, cabe insistir, de decisão ainda limitada aos empregados

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 179.193, rel. p/ o ac. min. Moreira Alves, j. 18-12-1996, P, DJ de 19-10-2001. "Não estabeleceu a Constituição de 1988 qualquer exceção expressa que conduzisse à estabilidade permanente, nem é possível admiti-la por interpretação extensiva ou por analogia, porquanto, como decorre, inequivocamente do inciso I do art. 7º da Constituição, a proteção que ele dá à relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa é a indenização compensatória que a lei complementar terá necessariamente que prever, além de outros direitos que venha esta a estabelecer, exceto, evidentemente, o de estabilidade permanente ou plena que daria margem a um *bis in idem* inadmissível com a indenização compensatória como aliás se vê da disciplina provisória que encontra nos incisos I e II do art. 10 do ADCT." Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000099167&base=baseAcordaos>.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 589998 PI, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 22/03/2013. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+589998%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+589998%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/agfftb>

de empresas públicas.

De todo modo, fica claro tratar-se de questão extremamente importante. Primeiro, porque aquela primeira posição deixa toda a massa de trabalhadores empregados no Brasil sem o primeiro dos direitos fundamentais trabalhistas elencados pela Constituição Federal, já que a interpretação mencionada não concretiza o mandamento constitucional de proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, limitando-se apenas ao plano consequencial, de estipular indenização pela ruptura do vínculo de emprego, sem contudo obstá-la.

Depois, em razão de já ter o próprio Supremo Tribunal, em outra matéria trabalhista que por muitos anos ficou pendente de legislação integrativa, alterado sua posição para considerar que a mora legislativa não poderia servir de obstáculo a um direito fundamental. Trata-se, especificamente, do direito de greve do servidor público, previsto desde o texto original da Carta de 1988⁶ e que, após diversos mandados de injunção infrutíferos, terminou por ser reconhecido, ainda que sem a legislação específica prevista no inciso VII de seu art. 37, em histórico julgamento, no ano de 2007, no qual acolhida tese levantada nos Mandados de Injunção 670, 708 e 712.⁷

Há, portanto, ao menos uma perspectiva de que uma nova linha de interpretação possa estar se desenhando no âmbito da Suprema Corte a propósito da necessidade de se efetivar direitos fundamentais trabalhistas, ainda quando a respeito deles se apresente a necessidade de legislação complementar, quando esta não venha a se concretizar em razão de mora legislativa.

Questão igualmente relevante – e que afeta diretamente o contexto constitucional que aqui se aprecia – refere-se à discussão, ainda pendente de conclusão de decisão do STF, da denúncia unilateral levada a efeito pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso acerca da Convenção Internacional 158 da OIT, que houvera sido ratificada pelo

⁶ O texto original da Constituição de 1988 previa, tal qual o inciso I, do art. 7º, ora sob estudo, a edição de lei complementar para o exercício do direito de greve do servidor público. Com a Emenda 19/98, passou a prever lei específica. Nenhuma delas, até hoje, foi editada pelo Poder Legislativo.

⁷ O Plenário do STF decidiu, em 25/10/2007, por unanimidade, declarar a omissão legislativa quanto ao dever constitucional do Congresso Nacional em editar lei que regulamente o exercício do direito de greve no setor público e, por maioria, aplicar ao setor, no que couber, a lei de greve vigente no setor privado (Lei nº 7.783/89). Da decisão divergiram parcialmente os ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que estabeleciam condições para a utilização da lei de greve, considerando a especificidade do setor público, já que a norma foi feita visando o setor privado, e limitavam a decisão às categorias representadas pelos sindicatos requerentes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>.

Brasil, após, inclusive, regular procedimento de internalização, com ratificação do Congresso Nacional e do próprio Presidente da República, que logo após veio a denunciá-la, acolhendo postulações do empresariado nacional.

Sua importância para o presente estudo repousa no fato de que há nessa norma internacional expressa previsão de condicionamento da despedida de empregados à apresentação, pelos empregadores, de motivos para o rompimento da relação de emprego, os quais podem variar entre questões técnicas, disciplinares, econômicas e financeiras⁸.

Assim, caso a Corte Suprema venha a tornar sem efeito aquela denúncia, estará o Brasil no caminho da efetivação do inciso I do art. 7º da Constituição Federal, porque nesse particular a norma constitucional coincide com a disposição daquela norma internacional, e poderá então ser tomada como a legislação integrativa de que fala o inciso – o que ainda dependerá de como será considerada no ordenamento interno, o que, como dito, será também objeto de estudo, mais adiante.

Do ponto de vista do embasamento teórico desse direito fundamental, o desenvolvimento do trabalho, como não poderia deixar de ser, passa pela análise da questão da dignidade da pessoa humana, hoje valor central de todo o ordenamento constitucional brasileiro.

Conforme o Ministro Luís Roberto Barroso, "o constitucionalismo democrático tem por fundamento e objetivo a dignidade da pessoa humana"⁹. Mais especificamente, buscará demonstrar que o emprego, enquanto principal forma de exploração do trabalho humano no capitalismo, deve contar com proteção do Direito, na medida que, enquanto fonte de subsistência do trabalhador, está diretamente vinculado àquele valor central da dignidade humana.

O silogismo que se pretende demonstrar é que, como principal fonte de sobrevivência do homem no capitalismo, o emprego passa à condição de fonte de dignidade, de modo que sua proteção na seara constitucional, como direito fundamental, encontra-se em plena

⁸ Nesse sentido, o art. 4 da Parte II (Normas de aplicação geral) da Convenção 158, de 1982, da Organização Internacional do Trabalho: "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."

⁹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. 5 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 284

consonância com aquele valor central.

Não se justifica, de consequência, o condicionamento de sua efetividade a uma norma infraconstitucional, exatamente como ocorreu, conforme há pouco mencionado, com a questão do direito – também fundamental – de greve dos servidores públicos. Nesse último caso, assim se posicionou o Ministro Celso de Mello:

(...) não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis – a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional –, traduz um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.¹⁰

Ainda no plano da fundamentação sobre a necessidade de efetivação do direito à relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, outras questões a serem abordadas no curso do estudo serão as da função social da propriedade e da empresa, que também constituem alvo da disciplina constitucional, e que igualmente justificam a revisão da questão no caminho da efetividade dessa norma constitucional que estabelece como direito fundamental do trabalhador a estabilidade no emprego¹¹, condicionada, evidentemente, à inexistência de justa causa, pelo empregado, para a ruptura da relação de emprego pelo empregador.

Também nessa linha, revela-se necessária uma breve abordagem sobre as estabilidades já existentes no ordenamento, como aquelas destinadas ao dirigente sindical, à empregada gestante, ao empregado acidentado, ao servidor público, entre outras. Sobre isso, a finalidade do estudo será a de demonstrar que tanto quanto o sindicato, o nascituro, o empregado acidentado e a necessidade de continuidade e de não interrupção dos serviços públicos justificam a proteção legal do Estado ao emprego, também a simples condição de empregado já justifica a estabilidade como forma de proteção ao emprego, como de resto expressamente determinado no inciso constitucional objeto da pesquisa, pois que em todos esses mecanismos de proteção há um elemento que lhes é comum: a dignidade da pessoa humana.

A seguir, algumas considerações adicionais sobre o embasamento teórico do direito ao

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI: 712 PA, Rel.: EROS GRAU, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>.

¹¹ Essa questão da estabilidade como forma efetiva de proteção - e não apenas a indenização prevista no ADCT, ou outra qualquer que venha a ser criada - será retomada mais adiante, em capítulo próprio.

emprego, com ênfase nessa questão há pouco referida da dignidade da pessoa humana.

2. Fundamentos da proteção constitucional contra despedida arbitrária ou sem justa causa

Há no Brasil acirradas controvérsias a propósito do alcance que deva ser dado à proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, defendendo alguns ser suficiente a previsão de indenização compensatória, e outros a necessidade de mecanismos de reintegração no emprego.

Não há dúvidas, entretanto, que a atual Constituição Federal orientou-se, num plano mais amplo, pelo caminho da proteção social, pois que em diversas passagens de seu texto expressa esse viés, como é exemplo, justamente, o extenso elenco de direitos sociais dos trabalhadores inserido no título dos direitos fundamentais. Conforme Daniel Sarmento:

(...) a concepção de direitos fundamentais adotada deve conformar-se com o perfil axiológico da Constituição e a nossa, goste-se disso ou não, é uma Constituição social, que não aposta todas as suas fichas na autonomia privada e no mercado, mas antes preocupa-se com o combate à exploração do homem pelo homem (veja-se a importância dada aos direitos trabalhistas na Carta de 88).¹²

Deve-se registrar que há autores que entendem não serem fundamentais os direitos sociais, chegando a haver entendimento de que a fundamentalidade dos direitos estaria diretamente vinculada ao jusnaturalismo, de modo que apenas aqueles direitos naturais do ser humano deveriam ser considerados fundamentais.¹³ Há ainda defensores da tese de que a fundamentalidade dos direitos estaria ligada apenas àqueles direitos diretamente vinculados à igualdade e à liberdade do cidadão¹⁴.

São, entretanto, concepções reducionistas, que atrelam o conceito de dignidade humana a elementos necessários apenas à sobrevivência, e não à vida digna. São, ainda, concepções meramente liberais, que por isso não se ajustam à atual Constituição brasileira, que não tem prevalência liberal, como adverte Ingo Sarlet, que ainda critica o fato de que

¹² SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. *In* SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 292.

¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os princípios do Direito do Trabalho e os direitos fundamentais do trabalhador*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 211-212

¹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001. p. 149-150.

essas posições, por partirem de critérios exclusivamente liberais, lançam ao Judiciário a definição do que venha ou não a ser direito fundamental, ensejando inaceitável subjetivismo, com conseqüente e desnecessária insegurança jurídica.¹⁵

Como quer que seja, prevalece o fato de o legislador constituinte ter preferido alçar os direitos trabalhistas ao patamar de direitos fundamentais, já que assim inseridos, topologicamente, no texto constitucional.¹⁶

Por outro lado, também não há dúvidas que para além desse referido viés social, em outros pontos a Constituição orienta-se no sentido da liberdade de mercado, como por exemplo ao dispor que a ordem econômica deve estar baseada na livre iniciativa (art. 170), a qual menciona também como princípio fundamental da República (art. 1º).

Não parece mera coincidência, porém, que essas duas menções do texto constitucional à livre iniciativa tenham sido feitas ao lado de referências, respectivamente, à “valorização do trabalho humano” e aos “valores sociais do trabalho”.

É mais racional a conclusão de que disso se deve extrair a necessidade de compatibilização das assim chamadas “leis de mercado” com a valorização do trabalho humano, em razão do valor social que carrega.

Daí a razão pela qual a Constituição, em seu art. 7º, apresenta extenso elenco de direitos sociais dos trabalhadores, os quais, como já visto, ostentam, todos eles, o *status* de direitos fundamentais, decorrência não só de estarem no capítulo constitucional que trata desse tipo de direitos, como há pouco mencionado, mas também – e principalmente – porque materialmente atrelados àqueles conceitos de valorização do trabalho humano e valor social do trabalho.

Nesse sentido, Jólíia da Rocha Melo, ao concluir, a respeito do art. 170 da Constituição, que sua leitura “apresenta a ordem econômica como fundada na valorização do trabalho e não só na livre iniciativa; que seu fim é assegurar a todos, e não só aos mais abastados, existência digna”.¹⁷

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 4, p. 102-104, 2001.

¹⁶ O art. 7º encontra-se inserido no Capítulo II (Dos Direitos Sociais), do Título II da Constituição (Dos Direitos e Garantias Fundamentais).

¹⁷ MELO, Jólíia Lucena da Rocha. Abuso do direito nas dispensas sem justa causa e arbitrárias: fundamentos,

José Afonso da Silva resume assim essa necessária conjugação de valores na ordem constitucional vigente:

A Constituição declara que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada. Que significa isso? Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista. Em segundo lugar, significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado.¹⁸

O contexto constitucional, portanto, aponta para a busca de um equilíbrio entre direitos sociais e liberdade de mercado típica do capitalismo, e não para sua substituição por outro qualquer modelo, como explica Eros Roberto Grau.¹⁹

Nesse cenário, é essencial discutir-se o papel da dignidade da pessoa humana como principal fundamento da proteção da continuidade da relação de emprego, porque, como demonstrado, trata-se a dignidade do homem do vetor central da atual Constituição brasileira, razão pela qual irradia efeitos sobre todas as questões que com ela se relacionem, dentre elas a proteção ao emprego. Daí a necessidade de se solidificar o entendimento de que sem a efetividade dessa proteção inscrita no inciso I do art. 7º da Constituição não se estará a observar um importante mecanismo de construção da dignidade do homem. A propósito, como se verá um pouco mais adiante, esse conceito de dignidade deve ser erigido sobre dois pilares: um individual, a demandar postura de não interferência externa – notadamente do Estado – nas liberdades do homem; e outro social, a exigir, opostamente, postura intervencionista do Estado, apta a fornecer a possibilidade de inserção do trabalhador no mercado de trabalho e sua permanência nele, para que possa não apenas sobreviver, mas viver dignamente, individual e socialmente.

Essa temática traz à tona a relevante discussão da questão da teoria do mínimo existencial, de origem alemã, mas amplamente disseminada no Ocidente, e que se liga diretamente ao ideal de dignidade da pessoa humana. Essa a discussão objeto do próximo tópico.

características e sistema de reparação. Editora Juruá. Curitiba: 2014, p. 32.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1988, p. 73.

¹⁹ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 15. ed, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 43. Nas palavras do autor, o intervencionismo estatal "não conduz à substituição do sistema capitalista por outro, pois é justamente a fim de impedir tal substituição - seja pela via da transição para o socialismo, seja mediante a superação do capitalismo e do socialismo - que o Estado é chamado a atuar sobre e no domínio econômico."

2.1. Dignidade da pessoa humana e mínimo existencial

Tem se consignado que a dignidade da pessoa humana figura como valor central da Constituição Federal brasileira, como de resto também da maior parte das Constituições do Ocidente. Essa temática, entretanto, deve ser encarada com seriedade e profundidade, sob pena de correr-se o risco de ser tomada como banalidade jurídica, como intangível, e por isso limitada à retórica.

Sob um ponto de vista teórico, não parece haver maiores dificuldades na aceitação desse conceito de dignidade como valor fundamental da Constituição e, portanto, de toda a ordem jurídica brasileira. O maior problema está na aplicação prática desse conceito, que via de regra se realiza por meio da concretização de outros valores e princípios, aos quais serve de fundamento.

A questão principal, portanto, é a de dar à dignidade o verdadeiro valor que lhe conferiu o constituinte, o que nem sempre é tarefa simples, já que o discurso – que decorre de percepção equivocada, quando não mal intencionada – de que se trata de um pano de fundo para todas as coisas, por vezes impede que se proteja valores que têm por fundamento justamente a dignidade da pessoa humana, como é o caso da proteção ao emprego que aqui se está a estudar.

Conforme Bobbio, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.²⁰ A esse respeito, o autor italiano faz a seguinte advertência:

(...) o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são estes direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.²¹

Note-se que se está a tratar, ao discorrer sobre dignidade da pessoa humana, de direitos fundamentais, isto é, de direitos humanos – conceitos aqui tomados como sinônimos²². Por

²⁰ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.23.

²¹ Idem.

²² A denominação direitos fundamentais prevalece no âmbito dos ordenamentos jurídicos internos, ao passo que na esfera internacional prevalece a denominação direitos humanos. Neste trabalho, adota-se a corrente que entende ser apenas esta a diferenciação entre esses conceitos, muito embora parte da doutrina enxergue

isso, é prudente a advertência de Paulo Bonavides:

Os direitos humanos nas bases de sua existencialidade primária são os aferidores da legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que eles padeçam lesão, a sociedade se acha enferma. Uma crise desses direitos acaba sendo também uma crise do poder constituinte em toda sociedade democraticamente organizada.²³

Conforme José Cláudio Monteiro de Brito Filho, "a dignidade deve produzir efeitos no plano material"²⁴. Segue também essa linha Livia Mendes Moreira Miraglia²⁵, ao criticar o discurso liberal, que estaria a resumir a dignidade, indevidamente, a seu aspecto individual. Maurício Godinho Delgado cuida de explicar que o conceito de dignidade da pessoa humana tem duplo aspecto, individual e social, devendo ambos serem conjugados e observados para a efetivação desse conceito como princípio:

[...] a ideia de dignidade não se reduz, hoje, a uma dimensão estritamente particular, atada a valores imanentes à personalidade e que não se projetam socialmente. Ao contrário, o que se concebe inerente à dignidade da pessoa humana é também, ao lado dessa dimensão estritamente privada de valores, a afirmação social do ser humano. A dignidade da pessoa fica, pois, lesada caso ela se encontre em uma situação de completa privação de instrumentos de mínima afirmação social. Enquanto ser necessariamente integrante de uma comunidade, o indivíduo tem assegurado por este princípio não apenas a intangibilidade de valores individuais básicos, como também um mínimo de possibilidade de afirmação no plano social circundante. Na medida desta afirmação social é que desponta o trabalho, notadamente o trabalho regulado, em sua modalidade mais bem elaborada, o emprego.²⁶

Como se percebe, não há como dissociar a temática do mínimo existencial da questão da dignidade da pessoa humana, a qual, evidentemente, varia em função de tempo e de lugar. Luiz Roberto Barroso explica que a origem da ideia de mínimo existencial é religiosa, tendo passado pela Filosofia antes de tornar-se, como é hoje, um objetivo político²⁷. Isso demonstra

distinções entre esses conceitos, como se passa, por exemplo, com Ingo Sarlet. As razões que fundamentam essas correntes discrepantes, entretanto, escapam ao interesse do tema sob estudo, razão por que deixam de ser aprofundadas.

²³ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 20 ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 384.

²⁴ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho decente. Análise jurídica da exploração do trabalho - trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno. São Paulo: LTr, 2004, p. 45.

²⁵ MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 49, n. 79, p. 149-162, jan./jun.2009. Segundo a autora: "O discurso neoliberal em voga nos dias atuais propugna, propositalmente, o abandono da concepção social da dignidade da pessoa humana, restringindo-a a uma concepção individualista de mera proteção aos direitos de liberdade."

²⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. Princípios de direito individual e coletivo do trabalho. 2. ed., São Paulo: LTr, 2004, p. 43-44.

²⁷ BARROSO, L. R. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, v. 12, p. 86-137, 2011. Conforme o autor: "A dignidade da pessoa humana, na sua acepção contemporânea, tem origem religiosa, bíblica: o homem feito à imagem e semelhança de Deus. Com o Iluminismo e a centralidade do

não ser tarefa simples essa discussão, mas, a um só tempo, serve também a revelar sua importância. O aprofundamento do estudo de um desses temas leva, necessária e invariavelmente, ao aprofundamento do outro.

Importa, assim, definir-se que elementos devem ser considerados aptos e indispensáveis à concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com o que se estará também a definir os elementos imprescindíveis ao mínimo existencial. Por outras palavras, impõe-se apreender o que se deve tomar por mínimo para que uma existência, segundo padrões médios de razoabilidade, possa ser considerada digna.

É dizer: mínimo existencial coincide com vida digna, e não meramente com sobrevivência.

Com relação ao Direito do Trabalho, Livia Mendes Moreira Miraglia explica a existência de dois aspectos essenciais à compreensão do Direito do Trabalho enquanto direito fundamental: um primeiro relativo ao direito subjetivo individual de acesso ao mercado de trabalho e à possibilidade de prover-se a si próprio e à família, e um segundo relativo ao direito social, coletivo, alcançando os trabalhadores de modo geral, de modo a fixar um “patamar civilizatório mínimo”²⁸.

Explica também que o aspecto individual está ligado à integridade física e psíquica, bem como à questão das liberdades negativas dos direitos fundamentais de primeira geração, isto é, ao plano de liberdade que deve o Estado respeitar em relação aos cidadãos, no caso os trabalhadores. Por outro lado, a dignidade social, segundo a autora, está correlacionada às chamadas liberdades positivas e à igualdade substancial, fundando-se no parâmetro de mínimo existencial.²⁹

homem, ela migra para a filosofia, tendo por fundamento a razão, a capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo. Ao longo do século XX, ela se torna um objetivo político, um fim a ser buscado pelo Estado e pela sociedade. Após a 2ª. Guerra Mundial, a idéia de dignidade da pessoa humana migra paulatinamente para o mundo jurídico, em razão de dois movimentos. O primeiro foi o surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista. O segundo consistiu na inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos. Convertida em um conceito jurídico, a dificuldade presente está em dar a ela um conteúdo mínimo, que a torne uma categoria operacional e útil, tanto na prática doméstica de cada país quanto no discurso transnacional.”

²⁸ Essa expressão, como explica Livia Miraglia, é de autoria do Ministro Maurício Godinho Delgado, muito embora já se encontre razoavelmente disseminada na doutrina.

²⁹ MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 49, n. 79, p. 149-162, jan./jun.2009.

No tocante à conexão desses conceitos de dignidade da pessoa humana e mínimo existencial com o trabalho, assim se pronuncia a autora:

No que tange à dignidade da pessoa humana é possível afirmar a existência de duas dimensões: individual e social. O aspecto individual alude à integridade física e psíquica do homem e se relaciona com as liberdades negativas dos direitos fundamentais de primeira geração.

A dignidade social diz respeito à afirmação do homem enquanto ser pertencente a uma sociedade e está intrinsecamente ligada às liberdades positivas e à igualdade substancial proposta pelos direitos fundamentais de segunda e terceira geração. Ademais, funda-se no parâmetro do mínimo existencial a ser assegurado a todas as pessoas.

Ambas as características são interdependentes e se completam para formatar a concepção correta da dignidade da pessoa humana. Isso porque não há que se falar em direito à vida ou à liberdade sem que se garanta o acesso de todos à saúde, à educação e ao trabalho. E, também, não se pode falar em direito ao trabalho e à educação sem se afirmar o direito à vida e à liberdade.

A concretização do princípio da dignidade da pessoa humana só é possível pela conjugação de suas duas dimensões: individual e social. O grande problema não é auferi-las do ordenamento jurídico pátrio, mas sim efetivá-las.³⁰

Sob um ponto de vista mais amplo, cabe o registro de que a dignidade está diretamente relacionada à questão da dimensão ética dos direitos humanos, cujo conceito estrutural, segundo Gabriela Neves Delgado e Ana Carolina Paranhos de Campos Ribeiro, funda-se nas premissas de dignidade, cidadania e justiça social, de cuja conjugação emanam os princípios da solidariedade social e da proteção³¹, este último diretamente vinculado ao objeto central deste estudo.

Deve ser dito, de modo a demonstrar a relevância dessa temática do mínimo existencial, que pode ela ser apreendida não apenas no âmbito do Direito do Trabalho, mas também nos sítios do Direito Civil.

Nesse sentido, é referencial, há muito, a obra do hoje Ministro Luiz Edson Fachin, Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, na qual, ao tratar da impossibilidade de expropriação de bens vinculados a parâmetros mínimos de dignidade, assim se manifesta:

A pessoa natural, ao lado de atributos inerentes à condição humana, inalienáveis e insuscetíveis de apropriação, pode ser também, à luz do Direito Civil brasileiro contemporâneo, dotada de uma garantia patrimonial que integra na sua esfera jurídica. Trata-se de um patrimônio mínimo mensurado consoante parâmetros elementares de uma vida digna e do qual não pode ser expropriada ou desapossada.

³⁰ Idem.

³¹ DELGADO, Gabriela Neves e RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_25379511_OS_DIREITOS_SOCIOTRABALHISTAS_COMO_DIMENSAO_DOS_DIREITOS_HUMANOS.aspx

Por força desse princípio, independente de previsão legislativa específica instituidora dessa figura jurídica, e, para além de mera impenhorabilidade como abonação, ou inalienabilidade como gravame, sustenta-se existir essa imunidade juridicamente inata ao ser humano, superior aos interesses dos credores.³²

Além disso, no ordenamento constitucional atual, o centralismo da dignidade humana acompanha tendência que há muito vem se solidificando também no plano do direito comparado, notadamente no direito constitucional alemão³³.

Mais precisamente, desde os horrores vivenciados na Segunda Guerra Mundial, as constituições ocidentais cuidaram de incorporar valores morais em seus textos, já que o nazismo, com todas as suas atrocidades, encontrava apoio no ordenamento jurídico alemão da época.

Isso se deu, inicialmente, num movimento internacional em prol dos direitos humanos – que nos ordenamentos jurídicos nacionais internos corresponde aos direitos fundamentais –, em evidente contraposição àquelas práticas nazistas, como explica Flávia Piovesan³⁴. Esse movimento incorporador de valores ao direito veio a ser denominado de neoconstitucionalismo, e se sobrepôs ao positivismo jurídico, que não concebia – ao menos em sua fase inicial – a inclusão de valores morais no âmbito do direito³⁵. A esse respeito, a oportuna lição de Ana Paula de Barcellos:

Do ponto de vista material, ao menos dois elementos caracterizam o neoconstitucionalismo e merecem nota: (i) a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à

³² FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

³³ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. Já na introdução da obra, o autor faz as seguintes considerações: “As indagações sobre quais direitos o indivíduo possui enquanto ser humano e enquanto cidadão de uma comunidade, quais princípios vinculam a legislação estatal e o que a realização da dignidade humana, da liberdade e da igualdade exige expressam grandes temas da filosofia prática e pontos centrais de lutas políticas, passadas e presentes. Elas tornam-se problemas jurídicos quando uma Constituição, como é o caso da Constituição da República Federal da Alemanha, vincula os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a normas de direitos fundamentais diretamente aplicáveis, e quando essa vinculação está sujeita a um amplo controle por parte de um tribunal constitucional.”

³⁴ PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. Cadernos de Pesquisa, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005. A propósito, assim se manifesta a autora: “Como já mencionado, a partir da Declaração Universal de 1948, começa a desenvolver-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais. A primeira fase de proteção dos direitos humanos foi marcada pela tônica da proteção geral, que expressava o temor da diferença (que no nazismo havia sido orientada para o extermínio) com base na igualdade formal.”

³⁵ COMPARATO. Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/33031/32211>> Acesso em 25/08/15. Conforme Comparato: “O positivismo contenta-se com a validade formal das normas jurídicas, quando todo o problema situa-se numa esfera mais profunda, correspondente ao valor ético do direito.”

promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais; e (ii) a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional. Explica-se melhor.

As Constituições contemporâneas, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, introduziram de forma explícita em seus textos elementos normativos diretamente vinculados a valores – associados, em particular, à dignidade humana e aos direitos fundamentais – ou a opções políticas, gerais (como a redução das desigualdades sociais) e específicas (como a prestação, pelo Estado, de serviços de educação). (grifos originais)³⁶

O que importa que fique claro é que há uma preeminência dos direitos fundamentais nas atuais Constituições dos países ocidentais – o que inclui, no Brasil, também direitos sociais, como registra Gilmar Mendes³⁷ – por aquelas e por outras razões que circunstancialmente não serão aprofundadas, dadas as limitações do estudo proposto.

E no âmbito desses direitos fundamentais, há um núcleo essencial que se destaca, vinculado à ideia central de dignidade da pessoa humana, e sem o qual esta última não se concretizaria. É esse núcleo central que tem vinculação com a dignidade da pessoa humana, e que também diretamente se vincula à ideia de mínimo existencial.

Que fique claro, portanto, que nem todos os direitos fundamentais têm relação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana, mas apenas aqueles constituintes do dito núcleo central, dentre os quais, como adiante se buscará demonstrar, o direito ao emprego e à proteção deste contra despedida arbitrária ou sem justa causa.

A respeito dessa proximidade entre os conceitos de dignidade humana e mínimo existencial, a posição de Ingo Sarlet, apoiada em argumentos de Patrícia do Couto Villela Abbud Martins, muito embora o autor indique não concordar com a existência de vinculação necessária entre mínimo existencial e o referido núcleo essencial dos direitos fundamentais. Ao que parece, a posição de Sarlet é no sentido de que, em cada caso, individualmente, deve ser aferida essa ligação:

Neste contexto, há que enfatizar que o mínimo existencial – compreendido como

³⁶ BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Revista Diálogo Jurídico, Nº 15, jan-mar/2007, Salvador, Bahia, Brasil, p. 4.

³⁷ MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Revista Jurídica Virtual, v.2, n.14, jul. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-14/capa.htm. Acesso em: 25/08/2015. Conforme o Ministro do STF: “Se alguns sistemas constitucionais, como aquele fundado pela Lei Fundamental de Bonn, admitem discussão sobre a existência de direitos fundamentais de caráter social (*soziale Grundrechte*), é certo que tal controvérsia não assume maior relevo entre nós, uma vez que o constituinte, embora em capítulos destacados, houve por bem consagrar os direitos sociais, que também vinculam o Poder Público, por força inclusive da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual-constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.”

tudo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável (...) e a vinculação com o direito à saúde, tomado aqui em seu sentido mais amplo tem sido identificado – por alguns – como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade. Considerando a relevância deste ponto para uma série de questões nucleares da teoria e prática dos direitos fundamentais, mas especialmente no tocante à relação entre o mínimo existencial e os direitos fundamentais de um modo geral, é preciso recordar que não se endossa a tese de acordo com a qual o conteúdo em dignidade da pessoa humana equivale necessariamente ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Com efeito, consoante já demonstrado em outra ocasião, não é certo que todos os direitos fundamentais tenham um fundamento direto na dignidade da pessoa humana e, portanto, um conteúdo certo em dignidade, assim como não é correto afirmar que o conteúdo em dignidade dos direitos (que sempre é variável) seja sempre equivalente ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.³⁸

De todo modo, não há dúvida que é no contexto de vinculação com a dignidade humana e com os direitos fundamentais a ela ligados que deve ser compreendida, fomentada e discutida a questão do mínimo existencial. Aliás, tem ela a mesma gênese da recente inserção dos direitos fundamentais nos ordenamentos constitucionais ocidentais, isto é, também decorre do deslocamento da visão liberal do Estado para um novo paradigma, centrado na proteção do homem e de sua dignidade, o que, como visto, decorre da incorporação de valores morais ao Direito trazida com o neoconstitucionalismo.

Quando Sarlet explica a origem germânica do conceito de mínimo existencial, esclarece tratar-se de condições não apenas de sobrevivência, mas de vida digna, a demandar postura estatal não apenas de defesa e preservação de liberdades, mas necessariamente de prestações positivas. Nas palavras do autor:

(...) o primeiro jurista de renome a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha, na sequência referida como LF) não reclama apenas a garantia de liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. Por esta razão, o direito à vida e integridade corporal (art. 2º, inc. II, da LF) não pode ser concebido meramente como proibição de destruição da existência, isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também uma postura ativa no sentido de garantir a vida.³⁹

Nessa mesma linha – e ainda acrescentando que não cabe ao Judiciário o desenvolvimento de um sistema acabado em relação a essa ideia de mínimo existencial –

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4ª Região – edição especial, Ed. 24, jul.2008, p. 9.

³⁹ Idem, p. 5/6.

Andreas Krell explica a ligação do chamado “mínimo social” aos assim denominados direitos de primeira geração, como se sabe ligados à ideia de liberdade.

A teoria engenhosa que liga a prestação do ‘mínimo social’ aos direitos fundamentais de liberdade (primeira geração) é fruto da doutrina alemã pós-guerra que tinha que superar a ausência de qualquer direito fundamental social na Lei Fundamental de Bonn, sendo baseada na função de estrita normatividade e jurisdicionalidade do texto constitucional. Assim, a Corte Constitucional Alemã extraiu o direito a um ‘mínimo de existência’ do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1, I, Lei Fundamental), do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social (art. 20, I). Não há dúvidas que ela parte de um direito fundamental a um ‘mínimo vital’. Ao mesmo tempo, a Corte deixou claro que esse ‘padrão mínimo indispensável’ não poderia ser desenvolvido pelo Judiciário como ‘sistema acabado de solução’, mas por meio de uma ‘casuística gradual e cautelosa’.⁴⁰

Como se vê, a ideia de mínimo existencial, desde seu nascedouro, contempla não apenas a sobrevivência do indivíduo. Indo além, incorpora o ideal de dignidade, de modo que seu conceito deve contemplar não apenas um mínimo fisiológico, mas também um mínimo sociocultural, a exigir prestações estatais não apenas de defesa – nas quais se incluem a omissão do Estado, quando necessária à preservação de um espaço de liberdade –, mas também outras, de natureza realmente prestacional, assim entendidas medidas de caráter positivo, destinadas ao suprimento material das necessidades do cidadão, sejam elas físicas ou socioculturais.⁴¹

Nessa mesma linha, José Felipe Ledur, para quem "a dignidade da pessoa humana se consolida se ela é livre e possui meios materiais para prover a sua existência, para o que são necessárias garantias mínimas por parte do Estado."⁴² Essas demandas a serem supridas pelo Estado ensejam gastos via de regra vultosos, que variam de acordo com o grau de necessidades da população carente, sofrendo também com influxos do momento econômico, social e político de onde venham a ser demandadas. Não obstante essas variações, as temáticas da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial constituem preocupação vivenciada em todo o Ocidente, e particularmente na América Latina, em cuja história essas

⁴⁰ KRELL, Andreas. Revista de informação legislativa. Brasília a. 36, n. 144, out/dez 1999.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4ª Região – edição especial, Ed. 24, jul.2008, p. 7. Conforme os autores: “Ainda no contexto do debate jurídico-constitucional alemão, verifica-se uma distinção importante no concernente ao conteúdo e alcance do próprio mínimo existencial, que tem sido desdobrado num assim designado mínimo fisiológico (...) e um assim designado mínimo sociocultural, que, para além da proteção básica já referida, objetiva assegurar ao indivíduo um mínimo de inserção – em termos de tendencial igualdade – na vida social.”

⁴² LEDUR, José Felipe. A realização do direito ao trabalho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 86.

questões foram relegadas a plano inferior, em meio a governos ilegítimos e autoritários, o que torna maior o esforço a ser empreendido para o resgate de um padrão mínimo de dignidade de seus cidadãos.

É de se concluir, portanto, que em meio a esse contexto constitucional de prevalência da dignidade da pessoa humana, não tem justificativa o condicionamento de um direito fundamental diretamente vinculado àquele central à edição de norma infraconstitucional. Esse raciocínio traz, inexoravelmente, uma inaceitável ordem de valores normativos, colocando ao alvedrio do legislador infraconstitucional a efetivação de um direito fundamental social expressamente declarado na ordem constitucional. É o que se passa a detalhar na sequência do estudo, já no próximo subitem.

2.2. A questão do condicionamento da efetividade dos direitos fundamentais à legislação infraconstitucional

Não é raro notar-se no Brasil uma percepção de que é a lei o ponto alto do ordenamento jurídico, e não a Constituição, numa inexplicável inversão de valores que, não raras vezes, invade os sítios do direito e da jurisprudência, levando à inefetividade de normas constitucionais por falta de delimitações legais. Sob essa perspectiva, muitas vezes presume-se, até mesmo no meio jurídico – incorretamente, por certo – que qualquer direito fundamental somente pode ser exercido quando regulamentado por lei.

Com a garantia que deflui de todo o contexto constitucional – embora mais diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana – de que deve ser preservado um núcleo mínimo de condições para uma existência digna do homem, esse fenômeno de predominância da cultura da lei também se faz visível.

Trata-se, como parece evidente, de paradigma que deve ser superado, uma vez que não se justifica condicionar a efetividade de uma norma constitucional à vontade – e por vezes aos caprichos – do legislador infraconstitucional, que varia ao sabor de circunstâncias as mais diversas, e nem sempre legítimas.

Importa, portanto, que se tenha sempre à frente que é a Constituição, e não a lei, que deve ser seguida com prioridade, especialmente em questão de garantir-se o chamado mínimo existencial, porque, como visto, trata-se de conceito diretamente ligado ao ideal de dignidade da pessoa humana, valor central da Constituição.

Ingo Sarlet, a propósito disso, apresenta exemplo sobre assistência social que bem ilustra o que aqui se está a dizer:

Retornemos, porém, à indagação a respeito de qual o conteúdo essencial do direito à assistência social. A resposta deverá ser extraída direta ou indiretamente da norma que consagrou este direito fundamental ao nível da Constituição. Assim, poder-se-á afirmar, a título de sugestão, que, no caso específico do direito à assistência social, pela sua inequívoca vinculação com a garantia das condições materiais mínimas existenciais, este critério poderia servir como fronteira demarcatória do conteúdo essencial (mínimo) deste direito fundamental, solução que, aliás, se revela pertinente para outros direitos fundamentais sociais prestacionais (salário mínimo, previdência social etc.). Deixar a definição do núcleo essencial completamente ao alvedrio do legislador, na condição de órgão concretizador, extraindo da lei, e não da Constituição, os elementos caracterizadores do cerne do direito fundamental, não nos parece ser a solução mais adequada, até porque tal entendimento estaria outorgando à lei no mínimo uma posição equivalente à Constituição. Não se deve perder de vista, em qualquer hipótese, o fato de que mesmo um direito fundamental concretizado pelo legislador ordinário é reconhecido e assegurado diretamente pela Constituição, de tal sorte que o legislador apenas exerce a competência que lhe foi outorgada pelo Constituinte, no sentido de concretizar o direito fundamental consagrado na Lei Fundamental. Ainda que o legislador infraconstitucional disponha de liberdade relativamente ampla de conformação (que deverá ser analisada à luz de cada direito fundamental), não se poderá sustentar que esta abrange a prerrogativa de suprimir completamente o direito fundamental legalmente concretizado.⁴³

É certo que a questão da eficácia das normas constitucionais pode constituir empecilho à imediata aplicação dos direitos e garantias previstos na própria Constituição, porque, como se sabe, alguns deles carecem de regulamentação na via infraconstitucional para serem integralmente implementados. Trata-se, nessa hipótese, da temática das normas de eficácia limitada, cuja efetivação no plano prático fica condicionada à edição de legislação integradora, conforme conhecida classificação de José Afonso da Silva, para quem todas as normas constitucionais têm alguma carga de eficácia, em maior ou menor grau⁴⁴. Além disso, quando da possibilidade de aplicabilidade imediata e integral da norma, segundo sua classificação, a considera de eficácia plena; já quando a aplicabilidade é imediata, porém restringível em seu conteúdo por norma integradora, a denomina de eficácia contida; por fim, quando completamente dependente da referida legislação integradora, a toma por norma de eficácia limitada⁴⁵. É também conhecida, a esse respeito, a classificação de Pontes de Miranda

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 450.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo, Malheiros Editores, 1998, págs. 81 e 82.

⁴⁵ Idem. Nas palavras do autor: Se todas [as normas constitucionais] têm eficácia, sua distinção, sob esse aspecto, deve ressaltar essa característica básica e ater-se à circunstância de que se diferenciam tão-só quanto ao grau de seus efeitos jurídicos. É insuficiente, a nosso ver, separá-las em dois grupos, como insinuam certos autores: a) normas constitucionais de eficácia plena, que seriam aquelas de imediata aplicação; b) normas constitucionais de

sobre a eficácia das normas constitucionais. O autor alagoano as apresenta como normas bastantes em si (ou *self executing*), ou não bastantes em si (ou *not self executing*)⁴⁶, o que varia em razão de dependerem ou não de legislação complementar, ou seja, de serem ou não imediata e integralmente aplicáveis. Como quer que seja, em qualquer hipótese têm essas normas ao menos um efeito inibidor, tendente a inviabilizar a produção de normas em sentido contrário ao quanto nelas cominado.

Do ponto de vista estritamente jurídico, aspecto de extrema relevância sobre o tema diz com a possibilidade de exigir-se do Estado – inclusive judicialmente, se necessário – prestações positivas concretizadoras de direitos relativos a esse mínimo existencial.

A omissão do Estado no fornecimento dessas prestações mínimas, portanto, faz nascer correspondente direito subjetivo, exigível, assim, judicialmente, inclusive quando perante a diminuição da prestação de serviços sociais básicos garantidores de uma existência digna.⁴⁷

Dessas breves considerações sobre a dignidade da pessoa humana, sobre o mínimo existencial e sobre a questão da impossibilidade de condicionamento dos direitos constitucionais fundamentais à legislação infraconstitucional complementar, tem-se por justificada, de um ponto de vista teórico (e até mesmo prático, sob alguns aspectos), a vinculação da proteção ao emprego com esses conceitos aqui estudados.

É que, tratando-se da principal fonte de prestação de trabalho no âmbito do capitalismo, pode-se concluir, sem qualquer dúvida, que o emprego constitui fonte de preservação da dignidade do homem nesse sistema, justificando-se a preocupação constitucional de dotar-lhe de proteção contra ruptura que se proceda à margem de qualquer causa, em proveito único do segmento social empresarial.

Note-se que isso ensejaria desequilíbrio entre aqueles valores já referidos da livre iniciativa e do valor social do trabalho, não apenas presentes no texto constitucional, mas ali colocados sempre lado a lado.

eficácia limitada, distinguindo-se estas, ainda, em: 1) normas de legislação e 2) normas programáticas (...) Em vez, pois, de dividir as normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, em dois grupos, achamos mais adequado considerá-las sob tríplice característica, discriminando-as em três categorias: I – normas constitucionais de eficácia plena; II – normas constitucionais de eficácia contida; III – normas de eficácia limitada ou reduzida .

⁴⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição de 1946. São Paulo: Max Limonad, 1953.

⁴⁷ KRELL, Andreas. Revista de informação legislativa. Brasília a. 36, n. 144, out/dez 1999.

Isso remete, ademais, à questão da necessidade de instituição de mecanismos ligados à função social da empresa, objeto do item subsequente.

3. A função social da empresa e a garantia constitucional de proteção ao emprego no Brasil

Já há algum tempo, a ideia de função social da empresa extrapolou o campo jurídico, ganhando espaço e projeção nos sítios da Economia, da Administração, do Marketing e das finanças em geral. Não é preciso ser especialista em Direito para que se perceba a importância desse tema, que no mundo dos negócios vem sendo utilizado como trunfo de empresas que são – ou que ao menos assim o dizem – engajadas na concretização de medidas que demonstrem sua preocupação para com a sociedade na qual inseridas. Aliás, chega a ser mesmo prescindível formação técnica em qualquer dessas outras áreas do conhecimento mencionadas para que se apreenda a relevância da expressão “função social da empresa”, uma vez que juntamente com a responsabilidade social empresarial – conceito próximo, mas não idêntico – vêm servindo de propaganda institucional para grandes, médias, e até pequenas empresas. As medidas nesse sentido se direcionam a diversas e variadas áreas: cultural, esportiva, social, assistencial, ambiental, dentre outras.

Por outro lado, parece também evidente que a geração de empregos constitui uma das faces da função social da empresa; a mais elementar, certamente. Mas para o equilíbrio dos planos social e econômico não basta apenas a geração do emprego; é igualmente essencial sua proteção, dados os reflexos negativos que decorrem do desemprego, a afetar não só o trabalhador, individualmente, mas também a sociedade como um todo. Daí a necessidade de inserção do componente jurídico, de modo a prover esse equilíbrio. No caso brasileiro, esse componente vem com a Constituição Federal, o que deixa patente a relevância da matéria.

Assim é que, no âmbito de uma Constituição que tem como fundamentos a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, incisos II, III e IV, respectivamente), e que expressamente determina que a ordem econômica seja “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”, elegendo como princípio, também expressamente, a função social da propriedade (art. 170, *caput* e inciso III), é impositiva a conclusão de que a função social desempenhada pelas empresas deve convergir para com o ideal de relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa.

Não fossem esses argumentos suficientes, trata-se, como se sabe, da literal disposição do inciso I do art. 7º de nossa Carta Constitucional, artigo esse que alinha extenso rol de direitos fundamentais sociais dos trabalhadores.

Ainda assim, na prática empresarial – amparada por conservadora jurisprudência, inclusive do STF⁴⁸ –, continua a vigorar o antigo entendimento de que a despedida constitui direito potestativo do empregador, que dela pode valer-se na condução de seu empreendimento independentemente da apresentação de motivos que a justifiquem. Isso, como parece claro, vai de encontro à literal disposição do referido inciso I do art. 7º, além de contrastar com todo o complexo normativo constitucional, que tem na dignidade da pessoa humana um de seus fundamentos centrais.

O que aqui se está a buscar é a demonstração de que a função social da empresa é mais um elemento a embasar a necessidade de efetivação da norma constitucional que estatui como direito fundamental dos trabalhadores brasileiros a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, em sintonia com todo o complexo constitucional que tem na dignidade da pessoa humana e no valor social do trabalho alguns de seus fundamentos.

Para tanto, necessário tornar claros os conceitos formulados na doutrina sobre função social da empresa – além do correlato, mas como já dito não idêntico conceito de sua responsabilidade social –, de modo a viabilizar posterior análise de sua relação com a garantia constitucional do inciso I, do art. 7º da Constituição Federal.

Em síntese, portanto, o que se pretende neste item é demonstrar as correlações existentes entre função e responsabilidade social da empresa para com a concretização do direito – e garantia – constitucional estabelecido no inciso I do art. 7º da Constituição Federal, não só pelo ângulo impositivo da norma constitucional, mas também pelo viés da viabilidade econômica de um modelo que tenha como premissas a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

Inicialmente, com tal finalidade, importa ter-se claro o conceito de função da empresa,

⁴⁸ Nesse sentido, a decisão do STF no Mandado de Injunção 114/SP, no qual a Suprema Corte entendeu não haver mora legislativa a amparar a alegação de omissão do Legislativo na edição da Lei Complementar de que fala o inciso I, do art. 7º da CF/88, ao argumento de que há, ainda que provisória, normatização da matéria, tal a constante do art. 10 do ADCT, o qual, na verdade, dispõe apenas sobre consequência pecuniária a ser suportada pelo empregador em caso de ruptura do vínculo jurídico de emprego, e não de exigência a condicionar a validade desse tipo de ruptura.

o que é objeto do próximo subitem.

3.1. O conceito de função social da empresa

De início, importa estabelecer o que se deve compreender por função social, antes mesmo de falar-se em função social da empresa. No âmbito da doutrina sobre essa matéria, duas linhas iniciais de pensamento se destacaram.

A primeira, de Karl Renner, que entendia tratar-se a função social de uma correspondente exata da função econômica, de maneira que o direito seria um mero reprodutor da realidade econômica de determinado momento histórico.

Assim, no plano do Direito Empresarial, por exemplo, o simples fato de estar uma empresa em funcionamento acarretaria a existência de função social, pois que estaria a congregar capital e trabalho para a geração de riquezas, elementos conceituais tipicamente econômicos. Divergindo dessa posição de Renner, Eduardo Tomasevicius Filho defende a autonomia do Direito em relação à Economia, e desta em relação àquele, dizendo da possibilidade de alteração de um ou de outra de forma independente. Eis seu entendimento a esse respeito:

Por isso, este conceito não consubstancia a idéia de função social. Prova disso é o conteúdo da função econômica da propriedade. Uma propriedade improdutiva exerce uma função econômica de reserva de valor. Se a função social fosse uma imagem da função econômica, a propriedade improdutiva também atenderia à sua função social. Tendo em vista ser inaceitável a existência de propriedades improdutivas, isso significa que a função social não coincide com a função econômica do instituto jurídico. No caso das empresas, bastaria elas estarem funcionando para atenderem à sua função social, o que não é verdadeiro. Além disso, esta visão da função social é equivocada, porque o direito não está em função da economia. A economia muda, sem que o direito mude e vice-versa. Além disso, o direito tem uma função criadora não apenas na economia. Tem, sobretudo, uma grande força transformadora da realidade social, devido à sua natureza de ordem da conduta humana.⁴⁹

Já para Léon Duguit, a ideia de função social deveria se sobrepor à de direito subjetivo individual de propriedade; segundo esse raciocínio, toda propriedade deveria ser considerada como uma função social, e seu uso deveria destinar-se ao bem comum, primordialmente, e não apenas individual.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, com amparo em Fábio Konder Comparato,

⁴⁹ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. RT 810/35. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2003.

procura apresentar a moderna conceituação de função social, compatibilizando essas duas vertentes iniciais mencionadas. São desse primeiro autor as seguintes considerações:

A partir dessa constante dialética no plano doutrinário, chegou-se à formulação de idéias mais modernas sobre a matéria, e, ainda sob o paradigma da propriedade, passou-se a discutir a noção de função social através de uma nova categorização dos bens, de acordo com sua destinação, dividindo-os em bens de produção e de consumo. Realmente, só os primeiros, considerados fontes de riqueza da sociedade, deveriam ter seu emprego pautado pelo atendimento de uma função social, já que os segundos não poderiam, a princípio, ser destinados à produção de riquezas, sendo, pelo contrário, apenas representações da identidade da pessoa que os detém. Mas a hodierna conceituação de função social também se distingue das anteriores por se estruturar no binômio direito subjetivo e dever jurídico, visto que, como elucida Fábio Konder Comparato:

‘Se analisarmos mais de perto esse conceito abstrato de função, em suas múltiplas espécies, veremos que o escopo perseguido pelo agente é sempre o interesse alheio, e não o próprio do titular do poder. O desenvolvimento da atividade é, portanto, um dever, mais exatamente, um poder-dever; e isto, não no sentido negativo, de respeito a certos limites estabelecidos em lei para o exercício da atividade, mas na acepção positiva, de algo que deve ser feito ou cumprido.’⁵⁰

A função social da empresa, ademais, para além da promoção institucional referida na introdução – e que, como ali destacado, constitui estratégia de *marketing* voltada ao lucro empresarial⁵¹ – encontra na Constituição Federal de 1988 sólido amparo jurídico, a tornar cogente sua observância nos domínios econômicos.

Um breve adendo, neste ponto, parece adequado. A exigência de função social da empresa não se destina, evidentemente, a tolher seus objetivos de lucro, inerentes que são ao contexto econômico capitalista. Daí a pertinente advertência de Rodrigo Almeida Magalhães de que “a função social não pode ignorar a função primeira da empresa que é o lucro. Não pode ser esta anulada (...). A função social jamais poderá ocupar a função econômica da empresa. Empresa sem lucro não sobrevive, deixa de funcionar.”⁵²

Feita essa ressalva, conclui-se ser acertada a imposição constitucional às empresas de adoção de medidas destinadas a garantir a observância de sua função social⁵³, o que será

⁵⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Função social da empresa. RT 857/103. São Paulo: Revista dos Tribunais, Mar.2007.

⁵¹ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Empreendedorismo e função social da empresa. RT 946/129. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago.2014. No sentido do texto, segundo palavras do autor: “Evidentemente, não se pode ser ingênuo de acreditar que essas ações de responsabilidade social são feitas pelo sentimento de dever moral cumprido, mas sim por se vislumbrar nessas práticas uma estratégia de marketing, de modo a construir a imagem de empresa comprometida com a ética, ampliando ainda mais os lucros no encerramento do exercício social.”

⁵² MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A autonomia privada e a função social da empresa. FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (org.). Direito civil: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 344.

⁵³ Disso são exemplos: o inciso XXIII do art. 5º, ao estabelecer, expressa e literalmente, que “a propriedade

melhor apreciado no próximo tópico, na sequência.

3.2. A função social da empresa na ordem constitucional brasileira

A consagração da ideia de função social da propriedade na Constituição Federal de 1988, onde carrega o *status* de direito fundamental, quando aludida no inciso XXIII do art. 5º, ou de princípio da ordem econômica (art. 170), decorre de significativa evolução da visão da sociedade acerca do papel do Estado. Com efeito, a ideia de função social não se coaduna com os postulados do Estado liberal, que tem na proteção das liberdades individuais uma de suas mais emblemáticas marcas, ainda que disso possam decorrer desajustes sociais os mais graves, quando da exacerbação do individualismo e da omissão do Estado na regulação social, em prol de um ideário de liberdade meramente formal. Disso é retrato fiel a Revolução Industrial, de cuja exploração excessivamente desmedida do trabalho humano decorreram as primeiras leis trabalhistas, matéria de incontestável interesse histórico e jurídico, mas que, circunstancialmente, não se comporta nos objetivos deste estudo.

Leonardo Ziccarelli Rodrigues, ao discorrer sobre essa migração do Estado liberal para o social aponta que deve ser superado o dogma de que do primeiro somente se exigia postura apenas omissiva, em prol das liberdades individuais, ao passo que do segundo, as exigências seriam eminentemente prestacionais, a demandar gastos e crescimento do Estado. Segundo o autor, modernamente a conclusão é que tanto no Estado liberal quanto no social há obrigações de caráter negativo (omissivo) e positivo (prestacional), de modo que não se sustenta esse critério diferenciador entre esses direitos, e que há muito vem sendo apontado como causa da menor efetividade dos direitos sociais, ainda que fundamentais. Nesse contexto, aponta o direito do trabalho como expressão dessa evolução de pensamento. É oportuna a transcrição de trecho do artigo desse autor:

Assim, em resumo, tem-se que tanto os direitos de primeira quanto os de segunda dimensão apresentam obrigações positivas e negativas por parte do Estado, o que demonstra a falibilidade do critério clássico de distinção entre ambas as categorias de direitos fundamentais.

Um segundo aspecto importante que enfraquece a clássica divisão dos direitos fundamentais em direitos de liberdade e direitos sociais é o fato de que a evolução

atenderá a sua função social”; o art 170, ao também fazer expressa menção à função social da propriedade em meio a disposições sobre a ordem econômica e os arts. 182 a 186, ao tratarem, respectivamente da função social das propriedades urbana e rural.

das sociedades, o seu pluralismo e complexidade, fez nascer o fenômeno de migração de conceitos até então de índole privada para o campo do direito público.

São exemplos clássicos deste fenômeno o próprio direito à propriedade, que, ao longo dos anos, foi perdendo o seu caráter absoluto privatista para ingressar num contexto de função social, permitindo, inclusive, as desapropriações para fins de reforma agrária ou até mesmo para garantia de direitos sociais à moradia.

Da mesma forma ocorre com a distribuição dos riscos sociais, antes adstritos à seara privada – como seguros privados contra acidentes do trabalho –, mas que atualmente estão coletivizados na figura da Previdência Social. O direito do consumidor e o direito ao trabalho são outros exemplos categóricos de evolução conceitual da natureza privada dos contratos, mas que perdeu força para o advento do valor social e da boa-fé objetiva que passaram a dominar as referidas relações obrigacionais.⁵⁴

É, portanto, no âmbito do Estado social que florescem as primeiras incursões estatais na direção da consagração da função social como valor central do Estado de Direito, o que terminou por ensejar sua positivação nas constituições nacionais, a brasileira inclusive, a evidenciar a alteração do paradigma individual para o social. Nesse sentido, as precisas considerações de José Barros Correia Júnior:

Vista de forma ampla, a função social traz profundas modificações ao direito de propriedade; antes encarado como o único e melhor meio de garantir a subsistência individual e familiar, passa a fazer parte de um rol do qual constam a garantia de emprego e salário justo, a previdência e assistência social, a saúde, a educação, a formação profissional, a habitação, o transporte e o lazer.

Portanto, a função social é o princípio pelo qual se repudia a concepção da propriedade como mera fonte de um poder individual, passando a impor ao proprietário o dever de exercer seu direito, objetivando o benefício de outrem, e não apenas de exercê-lo sem prejuízo de outrem, como antigamente se encarava a propriedade.⁵⁵

Dentre as referidas alusões da Constituição à função social da propriedade e da empresa destaca-se, neste ponto, a primeira delas: “a propriedade atenderá a sua função social”, conforme, textualmente, escrito no inciso XXIII de seu art. 5º, onde dispostos alguns dos principais direitos fundamentais do cidadão, juntamente com suas correspondentes garantias. Também é significativa a menção à função social da propriedade constante do art. 170 da Carta, porque ali inserida expressamente como princípio. Além disso, está em contexto que determina que a ordem econômica seja fundada nos valores sociais do trabalho e da livre

⁵⁴ RODRIGUES, Leonardo Ziccarelli. Direitos fundamentais – da sua origem aos desafios de sua proteção. Disponível em: <file:///C:/Users/casa/AppData/Local/Microsoft/Windows/Temporary%20Internet%20Files/Content.IE5/UCNUKVA0/Artigo-Direitos-Fundamentais.pdf>

⁵⁵ CORREIA JUNIOR, José Barros. A função social e a responsabilidade social das empresas perante os stakeholders. Tese de doutoramento apresentada ao programa de pós-graduação em direito da Faculdade de Recife, da Universidade Federal de Pernambuco, 2013.

iniciativa, tendo como finalidade a existência digna – em evidente consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana –, e também em conformidade com os ditames da justiça social.

A grandeza dessas diretrizes dá a exata dimensão da importância da função social da propriedade na ordem constitucional. E a empresa, como se buscará demonstrar, é uma das principais formas de propriedade, o que atrai o silogismo a revelar sua relevância para todo o corpo social, muito embora seja possível e razoável considerar-se a existência de significativas diferenças entre propriedade e empresa e, portanto, entre função social da propriedade e função social da empresa.

Note-se, a propósito, que o ideal de função social não se limita à propriedade e à empresa, muito embora sejam estes os objetos que interessam ao presente estudo. O Código Civil, por exemplo, trata da questão da função social dos contratos, os quais, como se sabe, nem sempre concernem à propriedade. Daí porque é mais preciso considerar que função social da propriedade e função social da empresa não são expressões sinônimas. É o que explica José Barros Correia Junior:

Assim, vista de forma dinâmica, a função social da propriedade é aquela atribuída também aos bens de produção. Exatamente pelo exercício da atividade empresarial imputada especialmente à figura do empresário, sujeito de direito personificado ou não, é que acaba sendo verificada. Isto se dá em razão de ser a empresa uma atividade que tem como finalidade precípua a obtenção de lucro através de uma produção organizada e massificada, constituindo, portanto, o principal instrumento de dominação econômica empresarial. Desta forma, da função social da propriedade dos bens de produção acaba por ser fato a função social da empresa, efetivada pelas pessoas que a exercem, bem como pelo próprio poder econômico.⁵⁶

Há ainda, além daquelas menções constitucionais à função social da propriedade, referência também expressa da Constituição à função social da empresa, quando no § 1º de seu art. 173 estabelece que a lei disciplinará o estatuto da empresa pública, com atenção a sua função social.

Como destacado, função social da propriedade e função social da empresa, embora não se confundam, são conceitos próximos, o que justifica a necessidade de um estudo conjugado. A propósito dessa proximidade conceitual, Fábio Konder Comparato, em artigo no qual trata da função social das macroempresas, defende a impossibilidade de análise do tema da função social da empresa sem que se aborde, em caráter precedente, a função social da

⁵⁶ Idem.

propriedade, da qual é derivada.⁵⁷

No mesmo artigo, o autor traça um breve perfil evolutivo-constitucional do instituto, tecendo críticas ao fato de que, após sua inicial positivação nos ordenamentos constitucionais da Alemanha, Itália e Espanha, não se conseguiu demonstrar, naqueles países, uma função social positiva da propriedade, restando ao instituto, naquelas constituições nacionais, apenas um caráter negativo, consistente em restrições ao uso da propriedade⁵⁸. Todavia, essa restrição a aspectos apenas limitativos de uso da propriedade privada parece ter restado superada pelo ordenamento constitucional brasileiro, como também explica, ainda no mesmo artigo, Fábio Comparato:

Ora, dessa indeterminação de sentido parece escapar a nossa Constituição de 1988. Pelo menos em dois de seus dispositivos, a função social da propriedade é apresentada como imposição do dever positivo de uma adequada utilização dos bens, em proveito da coletividade.

No art. 182, dispõe-se que ‘a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor’ (§ 2.º); acrescentando-se que uma lei específica poderá exigir do proprietário de terreno não edificado, subutilizado ou não utilizado, incluído em área abrangida pelo plano diretor, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de aplicação sucessiva de três sanções (§ 4.º). O art. 186, por sua vez, fixa os requisitos necessários para que a propriedade rural atenda à sua função social. Aqui, a sanção consiste na desapropriação para fins de reforma agrária.

Duas consequências lógicas, segundo me parece, devem ser extraídas desses dispositivos constitucionais. Em primeiro lugar, o reconhecimento de que essas sanções pelo descumprimento da função social da propriedade não são mera possibilidade, mas autêntico dever imposto ao Estado, sob pena de inconstitucionalidade por omissão administrativa.

Em segundo lugar, o reconhecimento, também óbvio, de que a expropriação pelo descumprimento da função social, por força de seu caráter punitivo, não está sujeita às restrições determinadas no art. 5.º, XXIV da Constituição: a indenização não precisa ter a mesma amplitude e as mesmas garantias da que é devida quando não há nenhuma disfunção no uso da propriedade.⁵⁹

O ordenamento constitucional brasileiro, como se vê, dá significativo passo na evolução do instituto, o que se ajusta às demais diretrizes também constantes da Constituição, rumo aos novos pilares que lhe dão sustentação, dentre os quais, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

⁵⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. RT 732/38. São Paulo: Revista dos Tribunais. Out.1996. São do autor as seguintes considerações: “O tema que me foi atribuído é macroempresas e função social. Não me parece possível discutir a questão da função social das empresas, de modo geral, sem refletir preliminarmente sobre a teoria da função social da propriedade, da qual aquela deriva.”

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ Idem.

E isso também pode ser apontado como elemento de justificação material da exigência constitucional constante do inciso I, do art. 7º da Carta de 1988, que determina a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, também objeto do presente artigo. A seguir, uma necessária abordagem sobre as semelhanças e dessemelhanças entre função social da empresa e responsabilidade social da empresa, seguindo-se, também em tópico próprio, a conclusão a respeito da correlação entre esses conceitos e a proteção ao emprego.

3.3. Função social e responsabilidade social da empresa

Como já se adiantou, ainda que próximos, esses conceitos não são idênticos. Importa aqui, desse modo, o delineamento de seus pontos comuns e de suas distinções, a fim de que se possa, *a posteriori*, aferir suas correlações com a norma constitucional que garante a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

Na doutrina, há quem entenda serem conceitos similares, muito embora com diferenças que seriam apenas pontuais e específicas. Nesse sentido da similaridade, posiciona-se Eduardo Tomasevicius Filho. Para o autor, não descaracteriza essa conclusão de serem conceitos similares a diferença que ele próprio aponta, de que "a função social da empresa se relaciona com o objeto da atividade econômica, enquanto a responsabilidade social da empresa se relaciona com atividades alheias a essa mesma atividade." ⁶⁰

Não se trata, entretanto, da posição predominante, até porque essas distinções deveriam ensejar conceitos diversos, pois que, de resto, o que leva a doutrina majoritária a conceituá-los em categorias distintas é justamente a existência dessas diferenças pontuais e específicas, com variações apenas decorrentes dos critérios considerados mais relevantes para os autores que se debruçam sobre o tema.

É exatamente dentro dessa perspectiva que se aponta um outro critério diferenciador, também recorrentemente alinhado pela doutrina como capaz de evidenciar a distinção entre função social e responsabilidade social da empresa.

Trata-se do elemento volitivo ou compulsório. Sob essa óptica, a responsabilidade social da empresa, diferentemente do que se passa com a função social, decorre de vontade

⁶⁰ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Idem*, 2014, p. 134.

própria do empresário, e não de imposição legal, como nesta última. Nesse sentido, Letícia Caroline Méo, amparada em lição daquele mesmo autor.⁶¹

Da análise dessas duas vertentes, uma primeira conclusão a que se pode chegar é a de que o conceito de função social da empresa sobrepuja ao de responsabilidade social⁶², dado seu caráter normativo e, portanto, vinculante. Desse modo, por decorrer de imposição normativa, a função social pode ser exigida de forma coercitiva, ao passo que a responsabilidade social, não. Isso, como é palmar, em nada desmerece medidas relacionadas à responsabilidade social empresarial. Aliás, bem ao contrário, conferem-lhe ainda maior destaque, pois que, quando adotadas tais medidas, decorrem necessariamente do elemento volitivo do empresário.

Cabe aqui o registro de um terceiro critério a diferenciar esses elementos sob análise, já agora tendo como premissa o fato de as medidas empresariais destinarem-se ao âmbito interno da própria empresa, como as relações trabalhistas, o ambiente interno de trabalho e as relações com sócios – hipótese em que é dita função social endógena, ou quando direcionada a fatores externos, como público cliente e fornecedores, quando denominada exógena.⁶³

Na prática, o que vem se observando é que a concorrência entre as empresas vem fazendo com que esses dois aspectos da função social apresentem-se igualmente relevantes à imagem da instituição, com consequentes reflexos na comercialização de produtos e serviços e, portanto, no lucro. Já considerando a classificação acima delineada, a gestão empresarial,

⁶¹ MÉO, Letícia Caroline. Empresas sociais, função social da empresa e responsabilidade empresarial social. RT 59/193. São Paulo: Revista dos Tribunais. jul. 2014. Nas palavras da autora: “A responsabilidade social trata-se de prática voluntária, não imposta por lei, assumida pelas empresas, para integrar ‘preocupações sociais e ambientais’ em sua atividade econômica, tanto nas suas próprias operações, quanto na sua interação com a comunidade. Nesse sentido, Eduardo Tomasevicius Filho explana que responsabilidade social das empresas significa que as sociedades empresárias, *sponte propria*, decidem investir em uma sociedade mais justa e para um meio ambiente mais limpo. Ou seja, as sociedades empresárias tornam-se agentes sociais, não apenas ‘centros de produção, mas também responsáveis pelo bem-estar da sociedade’, pelo ‘desenvolvimento social do país.’”

⁶² MÉO, Letícia Caroline. Idem, 2014. No aspecto, a autora invoca entendimento de Carla Osmo: “Por fim, vale consignar o entendimento de Carla Osmo, para quem o conceito de função social da empresa se sobrepõe ao de responsabilidade social, pois o primeiro foi positivado como norma princípio, gerando direitos e obrigações vinculantes, enquanto o segundo obedece a regras econômicas e/ou éticas, que, portanto, não podem ser exigidas coercitivamente.”

⁶³ MÉO, Letícia Caroline. Idem, 2014. Esclarece a autora, amparando-se em Luiz Fernando de Camargo Prudente do Amaral: “O Autor ainda aponta diferenciação entre função social da empresa endógena e exógena: a primeira refere-se aos fatores empregados na atividade empresarial no interior da produção, como as relações trabalhistas, o ambiente de trabalho e interesses dos sócios, enquanto a exógena relaciona-se com os fatores externos da atividade desenvolvida pela empresa, tais como os consumidores e o meio ambiente.”

com efeito, tem se desdobrado na busca de melhorias dos ambientes endógenos e exógenos, em decorrência de novas exigências da sociedade, como anota Mara Vidigal Darcanchy.

A autora defende que esse tipo de postura empresarial decorre, em grande medida, da “força de um movimento que se abre para o modo como a empresa encara sua relação com mundo social”.⁶⁴

Feita essa breve síntese das três principais razões a distinguir função social da empresa e responsabilidade social da empresa, a sequência proposta neste estudo leva à análise da correlação desses elementos com a questão da relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa. Eis o tema a ser abordado no próximo subitem.

3.4. A necessária correlação entre função social da empresa e a garantia constitucional de proteção ao emprego

Diante do quadro até aqui apresentado, um silogismo se evidencia. A função social da empresa encontra-se atrelada ao ideal de dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, conforme expressamente declarado no art. 1º da Constituição Federal em vigor. Por outro prisma, não se concebe possa o trabalhador alcançar aquele ideal sem o trabalho, que no ambiente capitalista tem no emprego sua principal forma de expressão.

Diante desse cenário, é mais do que razoável a conclusão de que a função social a ser desempenhada tanto pela propriedade quanto pela empresa deve incluir o respeito e a proteção a direitos, dentre outros, dos trabalhadores.⁶⁵

Disso decorre, portanto, que a função social da empresa encontra-se diretamente vinculada à garantia de emprego ao trabalhador, garantia essa que não se esgota na necessidade de oferta de postos, sem dúvida necessária e decisiva àquele desiderato. É também essencial que se garanta o emprego de quem já se encontra inserido no mercado formal de trabalho, com o estabelecimento de garantias mínimas ao trabalhador de permanência no emprego, porque fonte de sobrevivência e dignidade.

⁶⁴ DARCANCHY, Mara Vidigal. *Idem*, 2010.

⁶⁵ CORREIA JUNIOR, José Barros, *idem*, p. 12. Segundo o autor: “De nada adianta ao empresário, no exercício da empresa, recolher seus impostos, esquecendo do devido respeito ao trabalhador, ao consumidor e ao meio ambiente. A empresa deve ser exercida em função dos princípios do art. 170. Somente assim se atende à função social da empresa.”

Para isso, há que se superar um antigo e conservador discurso, de que a subtração do direito do empregador de dispensar empregados sem justa causa pode vir a inviabilizar a atividade econômica. Com efeito, no plano internacional, desde meados do século passado, os países do ocidente já adotaram mecanismos jurídicos condicionantes da despedida a determinadas situações. Assim o fez a Alemanha, na década de 1950; a Espanha, a Itália, a Inglaterra e Portugal, na década de 1960. E com a edição da Convenção 158 da Organização do Trabalho – OIT, de 1982, que em seu art. 4 comina que os países que a ela aderissem deveriam criar mecanismos jurídicos de justificação da dispensa, essa orientação ganhou proporções globais.

Note-se – já aqui trazendo um segundo argumento contra aquele discurso conservador referido: não se torna inviável a despedida; apenas se exige seja ela motivada. E dentre os motivos regularmente exigidos nos países que adotam o sistema, encontram-se questões disciplinares, técnicas, econômicas e financeiras. Ou seja, continua a existir, para o empregador, o poder de dispensa, o qual apenas passaria – ou passará – a embutir o ideal de função social da empresa. É o que explica Fernando Hugo R. Miranda sobre a assim denominada causa justificada prevista naquela norma internacional citada:

Ao contrário da despedida por justa causa, que demanda um comportamento proporcionalmente grave e taxativo por parte do empregado, a causa justificada é apresentada, pelo texto, como alternativa à despedida por denúncia vazia, visando principalmente à criação de mecanismos de isonomia de tratamento entre empregados. Tanto é assim que, a par da instituição da causa justificada, é também estabelecido um procedimento para a demissão, que deve contar, no mínimo, com duas etapas: i) a prévia informação do trabalhador sobre a causa apresentada e ii) a concessão de oportunidade para sua manifestação. A decisão quanto à demissão, em todo caso, segue do empregador, não sendo necessário procedimento judicial prévio, a exemplo do que se passa com o inquérito para a apuração de falta grave.⁶⁶

Essa convenção, entretanto, vigorou no Brasil por muito pouco tempo, já que denunciada logo após ratificação do Congresso Nacional e decreto executivo da Presidência da República, como adiante se verá. Como também explica o mesmo autor, o processo de ingresso daquela norma internacional no ordenamento jurídico brasileiro tornou-se alvo de grande controvérsia, até hoje não resolvida. É bastante, aqui, a menção de que após a edição de decreto legislativo (nº 68/92) e de decreto do Presidente da República (nº 1855, de 10/04/1996), uma série de reações conservadoras levou o mesmo Presidente da República a

⁶⁶ MIRANDA, Fernando Hugo R. Observatório da jurisdição constitucional. Brasília: IDP, Ano 6, vol. 2, jul./dez.2013. ISSN 1982-4564.

denunciar a Convenção 158, em 20/12/1996, após, portanto, pouco mais de 8 meses de tê-la ratificado. Contra esse último ato foi ajuizada por confederações de trabalhadores (CONTAG e CUT) Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1625/DF), que já teve colhidos votos de 5 ministros, estando ainda pendente de continuação de julgamento.

No momento, o que interessa é a demonstração de que a função social da empresa passa, necessariamente, não só pela oferta do emprego, mas também por sua manutenção, desde que o empregado, por questões pessoais ou técnicas, e a conjuntura econômica, eventualmente desfavorável, não se apresentem como reais empecilhos à continuidade da relação de emprego.

Como se vê, as duas premissas que guiam esta parte do estudo são a função social da empresa e o direito do trabalhador brasileiro à relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, tal como previsto no inciso I, do art. 7º da Carta Constitucional de 1988. Mais precisamente, o que se busca demonstrar é não só a compatibilidade entre essas premissas, mas o caráter de complementariedade que existe entre elas.

A Constituição Federal apresenta um complexo de normas que revelam a consagração de um modelo que privilegia uma visão social da propriedade, em evidente superação de um anterior modelo liberal, no qual a preeminência era de defesa de interesses apenas individuais.

Nesse sentido, a elevação da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho à condição de fundamentos da República, ao lado da livre iniciativa, conforme declaração expressa de seu artigo inaugural, a indicar que esta última deve ser exercida de modo compatível com aqueles anteriores preceitos.

E também nessa mesma direção, a expressa declaração de seu art. 170 de que a função social da propriedade deve ser observada como princípio da ordem econômica, que deve se fundar na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por “fim assegurar a todos existência digna”.

Não se justifica, portanto, que passados quase 30 anos da promulgação da Constituição Federal, ainda persista a ausência de efetividade de uma norma constitucional que se harmoniza com diversos outros preceitos da mesma Constituição, em prol de um modelo já superado, há muito, no plano internacional, e também no próprio plano constitucional interno.

Em síntese, a função social da empresa somente estará no caminho de sua completude

quando efetivado o direito/garantia fundamental do trabalhador brasileiro de ter a relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos do inciso I, do art. 7º da Constituição Federal de 1988. Sem isso, continuará sendo, como ainda hoje, um ideal constitucional apenas parcialmente implementado.

Nesse sentido, pelas razões declinadas, é de se concluir serem convergentes os ideais constitucionais de função social da propriedade, função social da empresa e relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, proteção essa que atualmente conta com poucas hipóteses de estabilidade, em regra provisórias, conforme se passa a abordar no próximo capítulo.

CAPÍTULO II – ESPÉCIES DE ESTABILIDADE E SEUS FUNDAMENTOS

1. As estabilidades já existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Fundamentos e objetos de proteção jurídica

Um dos princípios do Direito do Trabalho é o da continuidade da relação de emprego, dado o caráter geral de meio de subsistência de que se reveste no sistema capitalista, no qual, sem dúvida, já se disse, constitui a principal forma de exploração do trabalho humano.

Daí a importância da questão da estabilidade, justamente destinada à manutenção do emprego, e que muito mais se ajusta ao desiderato constitucional que a previsão de pagamento de indenização pela dispensa, que embora possa ter o efeito de desestimular a ruptura do vínculo de emprego, não o preserva. Além disso, como também já dito, isso se opera no plano das consequências jurídicas pelo desfazimento de uma relação protegida pelo Direito⁶⁷, e não, como deveria, no âmbito antecedente, de preservação do emprego, como se passa com a estabilidade.

A propósito, parece correta a conceituação de Gustavo Filipe Barbosa Garcia, para quem estabilidade é o direito à permanência no emprego, com restrição ao direito do empregador de dispensá-lo sem justa causa ou de modo arbitrário, somente ressalvadas as hipóteses de falta grave, força maior, força maior que determine a extinção da empresa ou

⁶⁷ Essa previsão de indenização não deve ser tomada meramente como mecanismo de proteção ao emprego, mas como consequência natural do rompimento unilateral da relação de emprego, que é uma relação jurídica, e que por isso não poderia ficar imune a algum tipo de consequência depois de um rompimento unilateral.

cessação de suas atividades⁶⁸. Na mesma linha, João Alves de Almeida Neto, que formula distinção entre garantia de emprego e estabilidade. Para o autor, "a garantia de emprego inclui todos os atos e normas criadas pelos instrumentos jurídicos vigentes que *impeçam ou dificultem a dispensa imotivada ou arbitrária do obreiro*" (grifos originais), ao passo que a estabilidade seria apenas um dos mecanismos da garantia de emprego. Esta, portanto, seria o gênero, do qual a estabilidade uma espécie. Ainda segundo esse autor, "a estabilidade pode ser definida como um impedimento, temporário ou definitivo, do empregador dispensar *sem justo motivo* o seu empregado."⁶⁹ (destaque no original)

Não se trata a estabilidade, entretanto, de novidade no ordenamento jurídico brasileiro, não só por já ter existido entre nós, em caráter permanente, formal e materialmente, por ocasião do regime de estabilidade decenal – como já visto superado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que preferiu o sistema do FGTS –, mas também em razão da existência de algumas outras formas de estabilidade provisória no emprego, positivadas bem antes da atual Constituição Federal, decorrentes da proteção do Direito a determinados valores específicos. Com relação a essas modalidades de estabilidade provisória, como dito há muito estabelecidas pelo Direito do Trabalho no Brasil, não há maiores questionamentos, sendo pacífico o reconhecimento dos direitos dos trabalhadores em situações bem delineadas na legislação pertinente, inclusive constitucional.

Constituem exemplos dessa espécie de estabilidade a proteção do sindicato e de sua função negocial, por meio da proteção do emprego de seus dirigentes e respectivos suplentes (estabilidade sindical), a contar inclusive com expressa disposição constitucional⁷⁰. De igual modo, a proteção ao nascituro, que se viabiliza pela garantia da gestante no emprego⁷¹, ou a estabilidade do trabalhador acidentado⁷², a ampará-lo em momento de incapacidade

⁶⁸ GARCIA, Gustavo F. B. Curso de direito do trabalho. 10 ed. Editora Forense, 2016, p. 787. Nas palavras do autor: "o Direito do Trabalho tem como um de seus princípios essenciais a continuidade da relação de emprego. Nesse enfoque, a estabilidade é uma importante medida na concretização do referido escopo, sendo por meio do trabalho que a pessoa obtém a remuneração necessária para viver e se manter com dignidade.

⁶⁹ ALMEIDA NETO, João Alves. Breves comentários à Lei 12.182/2013, que incluiu o art. 391-a à CLT: estabilidade gestante no curso do aviso prévio. Revista eletrônica de direito Unifacs. n. 197/2016. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/index>

⁷⁰ Nesse sentido, o inciso VIII, do art. 8º da Constituição Federal: "é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei."

⁷¹ A estabilidade da empregada gestante está prevista no art. 10, II, letra b do ADCT, fluindo "desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto."

⁷² Prevista no art. 118 da Lei 8213/1991, que disciplina os planos de benefícios da previdência social.

temporária para o trabalho em decorrência de acidente laboral ou doença.

E, por fim, para além dessas modalidades provisórias de estabilidade, há que se registrar também a estabilidade do servidor público, que não tem caráter provisório e que é amparada, principalmente, no argumento da necessidade de prestação de serviços públicos de forma continuada, sem interrupções, mas que também tem como fundamento a segurança do trabalhador público no cargo que ocupa.

Neste trabalho, será restringida a análise à estabilidade decenal, como dito já não mais em vigor, mas que tem evidente valor referencial e histórico, além daquelas outras quatro espécies de estabilidade mencionadas: do dirigente sindical, da gestante, do trabalhador acidentado e do servidor público.

É sabido que diversas outras existem em vigor no Brasil: a estabilidade do trabalhador membro de Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (CIPA's), dos dirigentes de cooperativa, dos membros das Comissões de Conciliação Prévia, dos membros do Conselho Curador do FGTS, dos membros do Conselho Nacional de Previdência Social, dos empregados reabilitados e com deficiência, do período eleitoral, dos servidores públicos regidos pela CLT e aquela prevista no art. 19 do ADCT, relativa aos servidores públicos civis das administrações direta e indireta, em exercício há pelo menos cinco anos quando da entrada em vigor da atual Constituição, mesmo tendo ingressado em entes públicos sem submissão a concurso.

Estas, entretanto, em razão da necessária delimitação do estudo, a impor este corte epistemológico, ficam aqui mencionadas apenas a título de registro.

A análise daquelas primeiras espécies de estabilidade referidas se justifica, no contexto da presente dissertação, porque se buscará demonstrar os fundamentos e objetos que as amparam, cotejando-os, em seguida, com o fundamento da dignidade da pessoa humana, que como já frisado é o que embasa, de um ponto de vista teórico, a determinação constitucional de proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, objeto maior da pesquisa.

Passa-se, assim, à apreciação dessas cinco espécies de estabilidade no emprego: por tempo de serviço, do dirigente sindical, da gestante, do trabalhador acidentado e do servidor público.

1.1. A estabilidade por tempo de serviço

Quando se pensa – ou se estuda – a questão da estabilidade no emprego, um dos primeiros critérios que se põe em discussão é a vinculação ao tempo de serviço do trabalhador perante determinado empregador.

Isso deflui, de forma lógica, do fato de haver, com o passar do tempo num mesmo emprego, um natural senso de equilíbrio e de estabilização da vida do trabalhador e de sua família. Como parece elementar, o planejamento familiar e mesmo os projetos de vida do trabalhador e de sua família passam, necessariamente, pela estabilização de seu trabalho e de sua renda.

Por outro lado, até mesmo do ponto de vista do empregador, soa natural essa estabilização, em decorrência da confiança que se deposita no empregado com longos anos de serviços prestados, e ainda por conta de todo o investimento que sobre ele recai, a dotar-lhe de conhecimentos técnicos e mesmo empíricos, de evidente interesse para a empresa.

Portanto, sob um olhar mais amplo, a pacificação do meio social, um dos objetivos maiores do Direito, encontra-se diretamente atrelada à permanência dos trabalhadores em seus empregos. Assim, inegável a importância do estudo desse tipo de estabilidade, muito embora, como já destacado, se trate de sistema já integralmente substituído pelo FGTS, no plano constitucional. E essa relevância decorre não só de seu componente histórico e de seu valor referencial, mas também do fato de não haver nenhum impedimento para que um novo critério de tempo de serviço venha a ser criado por meio de futura legislação complementar integrativa, já que o FGTS substituiu, especificamente, o sistema de estabilidade decenal previsto na CLT, o que não obsta que novo prazo venha a ser definido para efeito de estabilidade no emprego, porque aí estará sendo estabelecido em lei complementar que a própria Constituição determina seja editada para regulamentação da matéria⁷³.

Na CLT, a antiga previsão da estabilidade por tempo de serviço consta de seu art. 492⁷⁴. Nela se estabelece como lapso temporal para aquisição de estabilidade no emprego o

⁷³ Em sentido contrário, antiga decisão do STF, constante da primeira nota de rodapé, na página 17 deste trabalho, mas que não constitui decisão vinculante.

⁷⁴ Art. 492 - O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.

período de 10 anos de serviço na mesma empresa, ressalvada a possibilidade de despedida em hipótese de cometimento de falta grave ou circunstância de força maior. Em seu parágrafo único, a cominação de que todo o tempo que o empregado tenha ficado à disposição do empregador deve ser computado como tempo de serviço, o que remete ao disposto no art. 4º da mesma CLT, que dispõe justamente sobre o conceito legal de tempo à disposição do empregador, no qual se computam, segundo seu parágrafo único, "os períodos em que [o trabalhador] estiver afastado do trabalho prestando serviço militar e por motivo de acidente do trabalho."

Assim é que, até o início da vigência da atual Constituição Federal, os trabalhadores que contassem com 10 anos de serviços no mesmo emprego eram considerados estáveis, desde que optantes pelo regime de estabilidade decenal, opção essa que passou a existir com a edição da Lei 5.107/1966, que instituiu o sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS. Naquele sistema de estabilidade decenal (ou decenária, como preferem alguns na doutrina⁷⁵), apenas não se incluíam os ocupantes de cargo de confiança, como os ocupantes de cargos de gerente, diretor, chefes de departamento e análogos, em virtude da possibilidade de deixar de existir a confiança necessária, pelo empregador, para os exercentes dessas altas funções, como explica Alice Monteiro de Barros, muito embora o tempo nessas funções diferenciadas fosse somado ao do cargo efetivo que o trabalhador houvesse também ocupado, para efeito da estabilidade decenal nesse último.^{76 77}

A crítica que o empresariado fazia a esse sistema era no sentido de que havia excesso de rigidez em relação aos empregados estáveis, já que a legislação não contemplava a possibilidade de dispensa nem mesmo por razões de ordem econômica e financeira⁷⁸, fato que

Parágrafo único - Considera-se como de serviço todo o tempo em que o empregado esteja à disposição do empregador.

⁷⁵ Por exemplo, utiliza essa nomenclatura Alice Monteiro de Barros.

⁷⁶ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 3 edição, São Paulo: LTr, 2007, p. 947.

⁷⁷ Não há explicação, entretanto, para a exclusão da estabilidade decenal dos empregados de escritório ou consultório de profissionais liberais, como expressamente determinado pelo art. 507 da CLT.

⁷⁸ ANDRADE, OYAMA KARYNA BARBOSA. Proteção constitucional contra a dispensa arbitrária do empregado: do descumprimento à efetividade. Dissertação de Mestrado. 2012. Universidade Federal de Minas Gerais. Conforme a autora: "O setor empresarial argumentava que os empregados estáveis eram menos produtivos e mais indisciplinados e que era bastante difícil comprovar a ocorrência de falta grave na Justiça. Argumentava, ainda, que representava um ônus muito grande para as empresas o valor das indenizações por antiguidade, que eram pagas em caso de dispensa sem justa causa.

Ponderavam que, dentre as hipóteses legais autorizativas da dispensa do trabalhador estável, não se incluíam os motivos de ordem econômica, financeira, estrutural ou tecnológica que afetassem verdadeiramente a vida empresarial, ainda que não chegassem a configurar força maior, no sentido estrito previsto pela CLT.

terminou por servir de argumento em prol da substituição desse sistema pelo regime do FGTS.

Voltando à questão da dualidade de regimes, desde a edição da Lei 5.107/1966, que criou o regime do Fundo de Garantia, os trabalhadores passaram a conviver com os dois sistemas: a estabilidade decenal e o FGTS, devendo, a partir de então, quando da admissão no emprego, optar por um deles. E para os trabalhadores então já empregados, o prazo legal para a opção era de 365 dias, contados a partir do início de vigência daquela lei, conforme seu art. 1º.

A Constituição Federal de 1988 instituiu o fim dessa duplicidade de sistemas, estabelecendo como regime único o FGTS, tanto para os trabalhadores urbanos quanto para os rurais, remanescendo, entretanto, o direito adquirido daqueles trabalhadores que, quando da promulgação da Constituição, já tivessem alcançado o direito à estabilidade decenal.⁷⁹

Diante dessa substituição integral do sistema de estabilidade decenal previsto na CLT pelo do FGTS – também chamado de sistema fundiário – emergiram dúvidas sobre a compatibilidade entre esse novo modelo e as estabilidades previstas em contratos de trabalho e em regulamentos de empresa, o que levou o Tribunal Superior do Trabalho – TST a emitir a Súmula 98, no sentido da existência de equivalência meramente jurídica – e não econômica – entre os regimes de FGTS e de estabilidade decenal (item I), restrito, este último, como já dito, aos remanescentes que já contavam com essa proteção quando da promulgação da Constituição de 1988. Na mesma súmula está esclarecido o entendimento pela compatibilidade entre o FGTS e a estabilidade, quando esta última estiver prevista em contrato ou regulamento de empresa (item II).

⁷⁹ Nesse sentido o art. 14 da Lei 8036/1990: "Fica assegurado o direito adquirido dos trabalhadores que, à data da promulgação da Constituição Federal de 1988, já tinham o direito à estabilidade no emprego nos termos do Capítulo V do Título IV da CLT."

Portanto, de acordo com o disposto no item II da súmula transcrita, não há qualquer incompatibilidade entre o regime fundiário e a estabilidade no emprego prevista em cláusula contratual ou em regulamento de empresa, o que evidentemente não ocorre quando do cotejo entre os regimes fundiário e de estabilidade decenal da CLT, porque, como já se disse, este último foi inteiramente substituído pelo primeiro a partir da Constituição de 1988. Esse entendimento jurisprudencial pode ser apontado como fundamento para a conclusão de que plenamente possível, também, a estipulação de estabilidade por meio de normas coletivas autônomas (acordos coletivos de trabalho e convenções coletivas de trabalho), o que, de resto, se confirma pela adoção, por diversas categorias, de algumas formas de estabilidade não previstas em lei, como por exemplo a estabilidade pré-aposentadoria.

Aliás, bem mais que isso, serve de supedâneo para a possibilidade de estabelecimento inclusive de estabilidades definitivas no plano das negociações coletivas de trabalho, o que, todavia, será tratado mais adiante, no item 4.1 do Capítulo V. E também corrobora o quanto já adiantado, há pouco, acerca da possibilidade de criação, por legislação complementar, de outras formas de estabilidade no emprego, inclusive tomando por base determinado tempo de serviço no emprego, hipótese em que não haveria cogitar-se de incompatibilidade com o FGTS, pois que se estaria a dispor sobre algo que está determinado na própria Constituição, no inciso I de seu art. 7º.

No que toca à possibilidade de despedida de trabalhadores estáveis decenais, nos termos do art. 492 da CLT, apenas o cometimento de falta grave ou circunstância de força maior podem justificá-la. Ainda assim, a despedida só se aperfeiçoa com a chancela judicial, por meio de decisão proferida em inquérito para apuração de falta grave, que a despeito da denominação pouco técnica [inquérito] é, na verdade, uma ação judicial.

Nesse contexto, provida essa ação, estará o empregador autorizado a despedir o estável, hipótese em que a data de eventual afastamento dos serviços, em razão mesmo da falta grave alegada, será considerada a data da dispensa. Por outro lado, caso não tenha êxito o "inquérito", deverá o empregador reintegrá-lo no emprego e pagar-lhe salários referentes ao período do afastamento, como se trabalhando estivesse (art. 495).

Mas há, de acordo com o art. 496 da CLT, a possibilidade de o juiz converter a reintegração em indenização, paga em dobro, conforme previsão do art. 497, também da Consolidação (considerando a existência de remanescentes desse sistema decenal). Essa

previsão se baseia na possibilidade de se tornar desaconselhável a reintegração, "dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando o empregador for pessoa física" (art. 496). E também nas hipóteses de fechamento do estabelecimento, filial ou agência, ou de supressão necessária da atividade patronal, sem que tenha ocorrido motivo de força maior, a lei trabalhista assegura aos estáveis afetados o direito à indenização por tempo de serviço paga em dobro, nos termos previstos no mencionado art. 497 da CLT.⁸⁰

Como se vê, há um procedimento razoavelmente complexo para que possa o empregador romper o vínculo de emprego com o trabalhador estável, a envolver inclusive chancela judicial para sua validade, o que denota efetiva proteção ao emprego, aqui justificada em razão da proteção a trabalhador que há muito prestava serviços a determinado empregador, e que já houvera estabelecido seu padrão de vida com base na remuneração ali percebida. Por outro lado, fica claro que não se trata de um direito absoluto, sendo possível a dispensa do empregado que venha a cometer falta grave, desde que comprovada judicialmente.

Ainda em relação a essa antiga forma de estabilidade, questão interessante foi a tentativa de alguns segmentos patronais de burla à lei, por meio da chamada despedida obstativa, levada a efeito nas proximidades da aquisição da estabilidade decenal, isto é, quando o trabalhador se encontrava próximo de completar os 10 anos de serviço na empresa. Isso levou o TST a editar a Súmula 26, nos seguintes termos: "Presume-se obstativa à estabilidade a despedida, sem justo motivo, do empregado que alcançar nove anos de serviço na empresa". Tratava-se de tentativa da jurisprudência de preservar o direito à estabilidade decenal previsto na lei, o que terminou por não funcionar a contento, já que os empregadores passaram a promover as despedidas antes de o empregado completar 9 anos na empresa, desta feita buscando livrarem-se do disposto na jurisprudência. Essa súmula, todavia, em razão da opção constitucional pelo sistema de FGTS como único, perdeu sua razão de ser, vindo a ser cancelada pelo TST em novembro de 2003. Nada obstante, há na doutrina quem defenda a possibilidade de utilização daquela súmula cancelada "como referencial para as situações em que a autonomia privada (individual ou coletiva) crie um sistema protetivo assemelhado."⁸¹

⁸⁰ GARCIA, Gustavo F. B. Curso de direito do trabalho. 10 ed. Editora Forense, 2016, p. 792.

⁸¹ MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 713.

No tocante à possibilidade de o empregado estável decenal pedir demissão do emprego, o art. 500 da CLT condiciona a validade jurídica desse ato à assistência jurídica pelo sindicato da categoria e, na sua ausência, à sua realização perante autoridade local do Ministério do Trabalho e Previdência Social ou da Justiça do Trabalho.

Ao lado dessa estabilidade, hoje em vias de extinção, outras remanescem no sistema em razão de condições específicas do trabalhador, como por exemplo o exercício de mandato sindical, ou a condição de gestante da empregada, a incapacidade temporária do trabalhador acidentado e o exercício de cargo público, dentre outras. É evidente que esse sistema descrito constituía mecanismo de proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, procurando conferir ao trabalhador alguma segurança no emprego, de modo que pudesse planejar suas despesas correntes – e mesmo seus projetos pessoais – sem a iminência do desemprego.

O fundamento, portanto, da chamada estabilidade decenal, era justamente, como o nome indica, a estabilidade do trabalhador no emprego, o que por certo se ajusta aos ideais constitucionais de dignidade da pessoa humana como fundamento da República, valorização social do trabalho e ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano, apenas para ficar nas principais alusões constitucionais ao trabalho. De todo modo, não há como negar que se trata de sistema integralmente substituído pela própria Constituição que tornou único o regime do Fundo de Garantia. Mas também não se deve esquecer – e por isso a insistência – que ao lado do sistema do FGTS pode – e deve – haver outras formas de proteção do emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, pois que exatamente assim previsto no inciso I do art. 7º, da mesma Constituição.

Esse tipo de estabilidade (por tempo de serviço), assim, dentre os citados, é o que mais se aproxima desses valores constitucionais mencionados, pois que tem por fundamento maior justamente a dignidade do homem, por certo séria e drasticamente afetada pela situação de desemprego involuntário – e despido de qualquer motivação.

Por isso, a menção a esse sistema – embora já não mais em vigor – como referencial a possível estabelecimento de novo modelo, em legislação complementar ao disposto naquele art. 7º, inciso I, bem como para efeito de comparação com o regime do FGTS. Neste último, como se sabe, não há previsão de reintegração, posto que sua marca principal é a monetarização da proteção ao emprego, consistente, como já se disse, no pagamento de

indenização proporcional ao tempo de serviço, sem possibilidade de retomada do emprego.

Portanto, é de se concluir que o fundamento constitucional a embasar o inciso I do art. 7º da atual Carta é o mesmo do antigo modelo da estabilidade decenal, que a própria Constituição cuidou de substituir pelo sistema do FGTS.

Daí a pertinente indagação: haveria aí um paradoxo?

É essa a discussão que se trava no próximo item.

1.2 – Proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (inciso I, do art. 7º da CF/88) e FGTS (inciso III do mesmo art. 7º). Um paradoxo?

Do quanto exposto na parte final do item anterior, há no texto constitucional situação aparentemente paradoxal: um sistema de estabilidade decenal suprimido pela Constituição de 1988, que o substituiu integralmente pelo sistema do FGTS e, na mesma Constituição, a determinação de proteção do emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, que tem justamente na estabilidade no emprego sua forma mais efetiva de concretização.

Na verdade, é apenas aparente o paradoxo. É que, como já mencionado, a substituição de sistemas operada pela Constituição refere-se, especificamente, à estabilidade decenal até então prevista na CLT. Não há qualquer impedimento à instituição de nova forma de estabilidade no emprego, em atendimento ao quanto disposto no inciso I do art. 7º da Constituição Federal. Nesse sentido, basta ver que a Constituição apenas menciona a edição de lei complementar, “que preverá indenização compensatória, além de outros direitos”. Não há nenhuma outra exigência ou formalidade no inciso, de modo que plenamente viável a instituição, na legislação complementar, de nova forma de estabilidade, inclusive tendo como parâmetro determinado tempo no emprego.

Essa não é uma questão simples, nem muito menos pacífica. O próprio STF já chegou a decidir no sentido da impossibilidade de que legislação integrativa do inciso I do art. 7º da Constituição possa vir a prever reintegração, devendo, diversamente, limitar-se à estipulação de indenização compensatória. Eis sua ementa, no trecho que interessa a este estudo:

Não estabeleceu a Constituição de 1988 qualquer exceção expressa que conduzisse à estabilidade permanente, nem é possível admiti-la por interpretação extensiva ou por analogia, porquanto, como decorre inequivocamente do inciso I do artigo 7º da Constituição a proteção que ele dá à relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa é a indenização compensatória que a lei complementar terá

necessariamente que prever, além de outros direitos que venha esta a estabelecer, exceto, evidentemente, o de estabilidade permanente ou plena que daria margem a um *bis in idem* inadmissível com a indenização compensatória, como aliás se vê da disciplina provisória que se encontra nos incisos I e II do artigo 10 do ADCT. Recurso extraordinário não conhecido.⁸²

De notar-se que mesmo no âmbito interno do STF, essa questão suscita controvérsias. Basta ver, a esse respeito, que alguns meses depois da decisão acima transcrita, ao se pronunciar sobre o alcance da Convenção 158 da OIT, o Supremo consignou a possibilidade de vir a ser adotada no Brasil fórmula de reintegração no emprego:

A Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (...) não consagrou, como única consequência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-partes, como o Brasil, instituírem, em sua legislação nacional, apenas a garantia da reintegração no emprego. Pelo contrário, a Convenção 158/OIT expressamente permite a cada Estado-parte (Art. 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em consequência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada país (a Constituição brasileira, no caso), a fórmula da reintegração no emprego e/ou da indenização compensatória.⁸³

Deve ser dito que não se trata de decisões vinculantes. Assim é que, em seara de jornada de direito material e processual⁸⁴, os juízes do trabalho apresentaram Enunciado frontalmente oposto àquela posição do Supremo Tribunal, orientando-se no sentido da possibilidade de reintegração do trabalhador não estável, em hipótese de violação de direito fundamental, referindo-se expressamente ao art. 7º, inciso I da Carta de 1988. É oportuna sua integral transcrição:

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS – FORÇA NORMATIVA. 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, garantindo 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.

III – LESÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. ÔNUS DA PROVA. Quando há alegação de que ato ou prática empresarial disfarça uma conduta lesiva a direitos

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 179.193, Relator: MOREIRA ALVES, Julgamento em 18/12/1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBD.asp?item=167>.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.480 MC, Relator: CELSO DE MELLO, Julgamento em 04/09/1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBD.asp?item=167>.

⁸⁴ A 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho foi realizada em novembro de 2007, no Tribunal Superior do Trabalho.

fundamentais ou a princípios constitucionais, incumbe ao empregador o ônus de provar que agiu sob motivação lícita.⁸⁵

Neste ponto, uma crítica se revela necessária. A despeito da significância de um enunciado desse teor, na prática juízes e desembargadores continuam decidindo de acordo com a posição há muito estabelecida, de que somente quando da edição de legislação complementar será possível a adoção de reintegração em hipótese de denúncia vazia do contrato de trabalho. É preciso, portanto, que mais que a formalidade de expressar solenemente aquele direito, como enunciado resultante de uma jornada reunindo juízes do trabalho, esses magistrados adotem postura condizente com aquela posição, passando a decidir pela reintegração no emprego, sob pena de restar meramente retórico esse tipo de pronunciamento formal.

Como deflui do quanto até aqui discutido, ainda não há consenso sobre a possibilidade de que legislação complementar possa ou não criar mecanismos de reintegração no emprego, muito embora pareça ser esta a forma mais eficaz de atender à determinação protetiva do inciso I do art. 7º da Constituição, hoje limitada à indenização de 40% do FGTS recolhido no curso do contrato, provisoriamente prevista nas disposições constitucionais transitórias.

Sobre essa questão, é relevante lembrar, em primeiro lugar, que entre a instituição do FGTS, em 1966, e a promulgação da Constituição de 1988 – portanto, por mais de 20 anos – conviveram os dois sistemas. É verdade que ambos eram previstos em legislação infraconstitucional, diferentemente da situação atual, em que o FGTS se encontra previsto na Constituição Federal e a estabilidade decenal, por ela suprimida, tem previsão infraconstitucional, na CLT.

Como quer que seja, isso mostra a possibilidade jurídica de existência simultânea de FGTS e estabilidade, apenas cabendo o registro de que, na situação atual, ambos estariam amparados em norma constitucional: o FGTS, no inciso III do art. 7º da Constituição, e a estabilidade em legislação complementar determinada no mesmo art. 7º, em seu inciso I.

85

Disponível

em:

http://www.tst.jus.br/web/guest/home?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_returnToFullPageURL=%2F&_101_assetEntryId=279861&_101_type=content&_101_urlTitle=1-jornada-de-direito-na-justica-do-trabalho-publica-enunciados- aprovados&_101_redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fweb%2Fguest%2Fhome%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_groupId%3D0%26_3_keywords%3D1%25C2%25AA%2BJORNADA%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26_3_redirect%3D%252F&inheritRedirect=true

Além disso, mesmo dentro das regras do antigo sistema de estabilidade decenal havia a possibilidade de indenização. Nos termos do art. 496, da CLT, a indenização deveria ser preferível “quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física”, hipótese em que o tribunal do trabalho poderia converter a reintegração prevista no referido art. 496 em indenização por rescisão, paga em dobro, conforme previsto no art. 497, que tinha essa previsão para o caso de trabalhador estável de empresa que se extinguisse sem ocorrência de motivo de força maior.

É certo, portanto, que naquele sistema da CLT a regra geral em hipótese de estabilidade decenal era a da reintegração, sendo excepcional a conversão em indenização paga em dobro, nos termos daquele artigo da Consolidação. Mas isso não obsta a conclusão de que podem conviver, a título de proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, um modelo que preveja, simultaneamente, possibilidades de reintegração e de pagamento de indenização compensatória, bastando que assim seja estabelecido em lei complementar, de acordo com critérios a serem nela estatuídos.

Até que esta lei complementar venha a ser editada, o Ato das Disposições Constitucionais Provisórias – ADCT – estabeleceu, em seu art. 10, inciso I, limitação da proteção prevista no inciso I do art. 7º da Constituição ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e § 1º da Lei nº 5107/1966 (10% dos valores de FGTS depositados no curso do contrato). Ou seja, estabeleceu o ADCT pagamento de indenização ao empregado correspondente a 40% dos valores de FGTS depositados pelo empregador durante o contrato. É essa, até hoje, a indenização que vem sendo paga pelos empregadores que dispensam empregados sem justa causa.

Há em andamento, porém, Projeto de Lei Complementar referente à regulamentação do inciso I, do art. 7º da Carta Constitucional. Nele não há previsão de reintegração no emprego no caso de o trabalhador ser dispensado à margem de qualquer justificativa, mas se propõe indenização superior àquela hoje em vigor. Sua importância justifica análise em item próprio (1.5), um pouco mais adiante.

1.3. As estabilidades provisórias em vigor no Brasil

Nos próximos subitens serão estudadas algumas estabilidades provisórias há muito estabelecidas no direito positivo brasileiro, e que têm justificativas lógicas para a proteção do direito, muito embora restritas a situações bastante específicas. A intenção ao estudá-las é demonstrar que embora extremamente relevantes os motivos que levaram o legislador – tanto infraconstitucional, quanto constitucional – a disciplinar essas situações, não menos importante é a constatação de que a simples situação de um trabalhador encontrar-se empregado também justifica a efetivação da proteção escrita no inciso I do art. 7º da Constituição. E não apenas por se tratar, em sua face mais evidente, de dar cumprimento a uma norma constitucional, mas também por razões de ordem econômica e social, sendo desnecessário insistir na série de efeitos deletérios que decorre do desemprego.

É com essa abordagem que se passa, na sequência, ao estudo de algumas das principais estabilidades provisórias já consolidadas no ordenamento jurídico nacional.

1.3.1. A estabilidade do dirigente sindical

Trata-se, aqui, de norma prevista no plano da legislação infraconstitucional (CLT, art. 543, § 3º), e que posteriormente restou também absorvida pelo texto da Constituição da República (art. 8º, inciso VIII).

A propósito, não são idênticas essas duas normas. A análise dessa distinção torna útil a transcrição desses dois dispositivos normativos. Primeiro, o art. 543, *caput* e seu § 3º:

Art. 543 - O empregado eleito para cargo de administração sindical ou representação profissional, inclusive junto a órgão de deliberação coletiva, não poderá ser impedido do exercício de suas funções, nem transferido para lugar ou mister que lhe dificulte ou torne impossível o desempenho das suas atribuições sindicais.

[...]

§ 3º - Fica vedada a dispensa do empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final do seu mandato, caso seja eleito inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos desta Consolidação.⁸⁶

Como se extrai desse texto legal, a estabilidade ali prevista alcança não somente os

⁸⁶ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm.

dirigentes sindicais (e candidatos a esse cargo), já que há expressa menção “a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional...”

Isso levou a doutrina a considerar que essa disposição legal não foi integralmente recepcionada pela nova ordem constitucional, já que o texto do inciso VIII do art. 8º da Carta Constitucional apenas aponta como destinatário da estabilidade no emprego o dirigente sindical eleito e seu respectivo suplente. Eis seus termos:

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.⁸⁷

Evidentemente que esse conflito entre o disposto na CLT e na Constituição Federal resolve-se em favor desta última, dada sua preeminência na ordem jurídica. Assim, a limitação do texto constitucional restringe a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa ao dirigente sindical (e respectivo suplente), não mais sendo possível considerar estável o dirigente de associação profissional, como fazia a CLT.

Com efeito, há muito já se pacificou o entendimento no âmbito da jurisprudência trabalhista de que a estabilidade do dirigente sindical limita-se apenas àqueles que efetivamente exercem a atividade em prol da categoria profissional que os elegeu, e bem assim a seu suplente. Justamente por conta desse entendimento, o TST cancelou sua Súmula 222, que com base na disposição da CLT vigente até a promulgação da Carta Constitucional, considerava que os dirigentes de associações legalmente formadas também gozavam da proteção provisória do emprego.⁸⁸

A finalidade dessa estabilidade é conferir alguma segurança àqueles que se dispõem a participar da direção de um sindicato profissional, e que por isso precisam participar de negociações coletivas de trabalho, em busca da elaboração de normas coletivas – acordos coletivos de trabalho e convenções coletivas de trabalho. É que nesse processo negocial é

⁸⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

⁸⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 222. DIRIGENTES DE ASSOCIAÇÕES PROFISSIONAIS. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (cancelamento mantido) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Os dirigentes de associações profissionais, legalmente registradas, gozam de estabilidade provisória no emprego. Disponível em <http://www.tst.jus.br/web/guest/sumulas>.

comum a ocorrência de conflitos, que não raras vezes ultrapassam o campo das relações de trabalho, gerando atritos inclusive de ordem pessoal, os quais muitas vezes terminam em tentativa patronal de dispensa do empregado, mesmo protegido por esse tipo de estabilidade.

Dá a necessária proteção – legal e constitucional – ao emprego do dirigente sindical, sem a qual o exercício dessa atividade negocial, na busca da redistribuição das riquezas geradas com o trabalho e melhores condições de labor, estaria inevitavelmente comprometida, dado o entendimento geral de que a dispensa sem justa causa é um direito do empregador. Não se trata, portanto, de proteger apenas o dirigente sindical, mas de dar proteção à própria figura institucional do sindicato, possibilitando sua atuação (que é levada a efeito justamente pelo trabalho de seus dirigentes), na busca de melhores condições de trabalho e de remuneração para seus representados, sem possível ameaça de que seus dirigentes possam ser retaliados com a perda de seus empregos.

Diante desse contexto, impõe-se a ressalva de que essa estabilidade não alcança trabalhadores eleitos dirigentes de sindicatos representativos de categorias diversas da função exercida pelo eleito na empresa. É que, tendo em vista a finalidade da instituição da proteção específica, tendente à viabilização do livre exercício do *munus* sindical, não há sentido lógico em preservar o emprego de dirigente que não defenderá os interesses de empregados da empresa onde trabalha, já que seu campo de atuação sindical – e de conflitos daí decorrentes – será concretizado perante outros empregadores. Em tese, portanto, não haverá embates ou desgastes decorrentes de sua atuação sindical perante seu próprio empregador. Nesse sentido, a doutrina de Amauri Mascaro Nascimento⁸⁹ e a jurisprudência consolidada do TST, consubstanciada no item III de sua Súmula 369: “O empregado de categoria diferenciada eleito dirigente sindical só goza de estabilidade se exercer na empresa atividade pertinente à categoria profissional do sindicato para o qual foi eleito dirigente.”

No que respeita à possibilidade de despedida de um dirigente sindical, algumas considerações devem ser previamente destacadas. A propósito, não é demais lembrar que a regra geral ainda vigente no Brasil, sob um ponto de vista prático, é a de que basta ao empregador que queira despedir um seu empregado, que o faça, apenas tendo de arcar com consequências pecuniárias desse ato, de natureza indenizatória. Isso, evidentemente, em

⁸⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Comentários às leis trabalhistas. v.1, 2 ed. São Paulo: LTr, 1992, p. 165/166.

relação a empregados sem proteção da estabilidade. Não há, portanto, qualquer empecilho imposto pelo ordenamento jurídico para a hipótese de despedida sem causa a justificá-la, exatamente o que constitui o objeto central deste estudo, que procura analisar as razões da falta de efetividade da norma constitucional que determina o contrário, expressamente.

Portanto, como já dito, ainda prevalece a ideia de que a dispensa sem justo motivo se trata de direito potestativo do empregador, basicamente sob dois argumentos, um jurídico, outro econômico. Do ponto de vista jurídico, o principal argumento é a inexistência da lei complementar de que fala o próprio inciso I, do art. 7º.⁹⁰ Já sob o enfoque econômico, argumentam alguns tratar-se o direito de dispensa de elemento indispensável à regular condução dos negócios no meio empresarial.

Disso é exemplo artigo da lavra de Sérgio Amad Costa, professor de Recursos Humanos e Relações Trabalhistas da Universidade de São Paulo – USP, no qual faz veemente crítica à possível adoção da Convenção 158 da OIT e consequente efetivação da necessidade de o empregador ter de apresentar justificativa para o ato de dispensa de empregados. Eis seus termos:

O artigo 4º dessa convenção reza que "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". Portanto, a empresa só pode demitir o empregado por razões de mudanças tecnológicas, econômicas, estruturais, analógicas ou por mau desempenho do profissional.

Essa norma, além de restringir a liberdade de gestão da empresa quanto à dispensa de empregados, faz surgir uma burocracia dispendiosa para atender a todas as suas determinações.⁹¹

Por seu turno, uma outra forma de despedida é aquela decorrente de ato faltoso praticado pelo empregado: a despedida com justa causa, situação em que nenhuma parcela de natureza indenizatória será devida ao trabalhador. Nesse caso, eventual insatisfação do trabalhador deve ser resolvida por meio de ajuizamento de ação trabalhista, caso em que, sendo acolhida a argumentação de inexistência de justa causa, a Justiça do Trabalho determina a correção da anotação eventualmente já feita na Carteira de Trabalho e

⁹⁰ Nesse sentido, Alice Monteiro de Barros. Idem: "Ocorre que o preceito em questão não é auto-aplicável, e falta vontade política para a edição da referida lei complementar. Portanto, no atual estágio da nossa legislação, o trabalhador de empresa privada não é destinatário de tutela quanto à ocupação, sendo a dispensa um direito potestativo do empregador, salvo se, à época da promulgação da Constituição da República (5 de outubro de 1988), o empregado já fosse amparado pela estabilidade prevista no art. 492 da CLT."

⁹¹ COSTA, Sérgio Amad. A inadequada Convenção 158 da OIT. O Estado de São Paulo. São Paulo, 31/01/2015. Disponível em <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,a-inadequada-convencao-158-da-oit-imp-,1627448>.

Previdência Social – CTPS –, bem como o pagamento das pertinentes verbas rescisórias. Em caso contrário, isto é, sendo considerado pelo juízo trabalhista realmente existente o ato faltoso, dentre os previstos no art. 482 da CLT, restará ao empregador apenas a obrigação de arcar com as pertinentes verbas salariais, caso já não o tenha feito por ocasião do término do contrato.

Como se percebe, não há, até aqui, maiores complicações no procedimento de despedida do empregado, com ou sem justa causa, e nem há qualquer objeção do Direito do Trabalho a que assim o faça o patronato, apenas impondo-se as consequências pecuniárias pelo rompimento do vínculo jurídico: pagamento de verbas indenizatórias e salariais, ou apenas salariais, conforme tenha se operado a dispensa, respectivamente, sem justa causa ou com justa causa.

Já em relação aos dirigentes sindicais, a despedida só é autorizada em face do cometimento, pelo trabalhador, de algum dos atos faltosos previstos no art. 482 da CLT, e desde que devidamente comprovado pelo empregador por meio da ação denominada inquérito para apuração de falta grave, conforme já ratificado inclusive pela jurisprudência sumulada do TST e do STF.^{92 93} Como se vê, é significativa a proteção jurídica contra a despedida do trabalhador nesse caso, proteção essa que tem início com o registro da candidatura a cargo de dirigente sindical e que se estende, se eleito, até um ano após o término do mandato, período necessário ao arrefecimento dos ânimos, em decorrência de eventuais conflitos na atuação do dirigente sindical em prol de sua categoria.

Trata-se, como já adiantado, de mecanismo destinado à proteção não apenas do dirigente sindical, mas também da figura institucional do sindicato, de modo a permitir, de forma substancial, o livre exercício de suas funções na defesa da categoria profissional representada, notadamente a negociação coletiva para elaboração de acordos coletivos de trabalho e convenções coletivas de trabalho.

⁹² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 379/TST: “DIRIGENTE SINDICAL. DESPEDIDA. FALTA GRAVE. INQUÉRITO JUDICIAL. NECESSIDADE (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 114 da SBDI-1). O dirigente sindical somente poderá ser dispensado por falta grave mediante a apuração em inquérito judicial, inteligência dos arts. 494 e 543, §3º, da CLT. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/sumulas>.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 197/STF: “O empregado com representação sindical só pode ser despedido mediante inquérito em que se apure falta grave.” Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>.

Feitas essas considerações sobre o instituto da estabilidade do dirigente sindical, o que se extrai é que, a despeito de algumas questões pontuais tratadas na Súmula 369 do TST⁹⁴ – importantes, por certo, mas não aos objetivos desta pesquisa – não há dificuldades na aceitação dessa garantia de emprego, o que põe em relevo uma significativa pergunta, central a este estudo: se há efetividade na proteção do emprego do dirigente sindical, estabelecida em lei e na Constituição, como justificar, de um ponto de vista jurídico, que a proteção do emprego do trabalhador em geral não tenha ainda sido efetivada no Brasil, a despeito da expressa determinação constitucional nesse sentido, constante do inciso I, do art. 7º da mesma Constituição?

Uma vez mais, é oportuna a ponderação de que o fato de o emprego ser a fonte primária de subsistência do trabalhador – e portanto também de sua dignidade – deveria justificar a imediata efetivação da proteção constitucional ao emprego, como se passa nas hipóteses da também justificável proteção ao emprego do dirigente sindical, dada a importância de suas funções no exercício do *munus* sindical, da gestante e do trabalhador acidentado, estes últimos alvos dos tópicos que seguem.

1.3.2. A estabilidade da gestante

Outro fator de mitigação do assim denominado poder potestativo de dispensa do empregador, a garantir outra forma de estabilidade provisória no emprego, é a gravidez da trabalhadora empregada. Sua previsão legal encontra-se na letra *b*, inciso II, do art. 10 do

⁹⁴ DIRIGENTE SINDICAL. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item I alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 .

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

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

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

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

V - O registro da candidatura do empregado a cargo de dirigente sindical durante o período de aviso prévio, ainda que indenizado, não lhe assegura a estabilidade, visto que inaplicável a regra do § 3º do art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-369

ADCT. Nesse particular, repetindo os termos do inciso I do art. 7º da Carta Constitucional, proíbe a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante.

Nesse caso, tanto quanto no caso da estabilidade sindical, há expressa menção aos termos de início (desde a confirmação da gravidez) e de fim (cinco meses após o parto) da garantia de emprego à gestante.

Registre-se que o TST, antes da promulgação da atual Constituição Federal, entendia incabível a estabilidade da gestante no emprego, reconhecendo apenas o direito ao pagamento de indenização referente àquele pedido.⁹⁵ Mais que isso, chegou a Corte Superior Trabalhista a pacificar, por meio da OJ 88 de sua Seção de Dissídios Individuais (SDI) – I, que a ausência de comunicação do estado gravídico, depois de determinado tempo estabelecido em norma coletiva, afastaria o direito da trabalhadora àquele indenização.⁹⁶

Essa posição do TST restou desautorizada por decisão do STF, proferida em sede do Recurso Extraordinário nº 234.186-3, já reafirmada pela Corte Suprema, como se vê:

Trata-se de recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição) interposto de acórdão no qual o Tribunal Superior do Trabalho decidiu que o desconhecimento do estado de gestante da empregada pelo empregador não afasta o direito à indenização decorrente da estabilidade provisória. Alega a recorrente violação do disposto nos arts. 5º, II; 7º, I; 22, I, e 49, IX, da Constituição federal e no art. 10, II, b, do ADCT. Argumenta que inexistiu a confirmação da gravidez durante a vigência do contrato de trabalho. A decisão recorrida está em consonância com a jurisprudência de ambas as Turmas desta Corte. No âmbito da Segunda Turma, confira-se, a respeito, o RE 259.318 min. Ellen Gracie, DJ 21.06.2002), cuja tem o seguinte teor: "O art. 10, II, 'b' do ADCT confere estabilidade provisória à obreira, exigindo para o seu implemento apenas a confirmação de sua condição de gestante, não havendo, portanto, de se falar em outros requisitos para o exercício desse direito, como a prévia comunicação da gravidez ao empregador. Precedente da Primeira Turma desta Corte. Recurso extraordinário não conhecido." A Primeira Turma, por sua vez, firmou orientação no mesmo sentido, declarando inclusive a inconstitucionalidade de cláusula constante de convenção coletiva na qual se exigia, para o gozo da estabilidade provisória, a prévia comunicação da gravidez ao empregador. Refiro-me ao RE 234.186 min. Sepúlveda Pertence, DJ 31.08.2001), cuja ementa transcrevo: "Estabilidade provisória da empregada gestante (ADCT, art. 10, II, b): inconstitucionalidade de cláusula de convenção coletiva do trabalho que impõe como requisito para o gozo do benefício a comunicação da gravidez ao empregador. 1. O art. 10 do ADCT foi editado para suprir a ausência temporária de

⁹⁵ Eis a antiga redação da Súmula 244: "A garantia de emprego à gestante não autoriza a reintegração, assegurando-lhe apenas o direito a salários e vantagens correspondentes ao período e seus reflexos."

⁹⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. OJ 88, SDI – I/TST: Gestante. Estabilidade provisória. O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador, salvo previsão contrária em norma coletiva, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. (art. 10, II, "b", ADCT). A ausência de cumprimento da obrigação de comunicar à empregadora o estado gravídico, em determinado prazo após a rescisão, conforme previsto em norma coletiva que condiciona a estabilidade a esta comunicação, afasta o direito à indenização decorrente da estabilidade. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/sumulas>.

regulamentação da matéria por lei. Se carecesse ele mesmo de complementação, só a lei a poderia dar: não a convenção coletiva, à falta de disposição constitucional que o admitisse. 2. Aos acordos e convenções coletivos de trabalho, assim como às sentenças normativas, não é lícito estabelecer limitações a direito constitucional dos trabalhadores, que nem à lei se permite."No mesmo sentido, em decisão monocrática, o AI 395.255 (rel. min. Celso de Mello, DJ 02.12.2003), o RE 273.801 (rel. min. Carlos Velloso, DJ 21.09.2004) e o RE 278.946 (rel. min. Ellen Gracie, DJ 19.08.2004).Do exposto, e com base no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.⁹⁷

Seguindo essa linha, a jurisprudência do TST evoluiu, passando o item I da Súmula 244 do TST a ter a seguinte redação: “O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade”⁹⁸.

Na verdade, justamente em razão de tratar-se de parâmetro objetivo para a aquisição dessa estabilidade, mesmo o desconhecimento do estado gravídico pela própria gestante, quando de sua dispensa, não obsta o direito, como há muito já reconhece a jurisprudência brasileira, ao fundamento de que a proteção ao nascituro justifica essa proteção. Nesse sentido, a seguinte decisão do TST, resumida em sua ementa:

RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. RECLAMANTE. ESTABILIDADE DA GESTANTE. DESCONHECIMENTO DO ESTADO GRAVÍDICO PELA EMPREGADA E PELO EMPREGADOR. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. A afirmativa do TRT de que a confirmação da gravidez somente ocorreu após a extinção do contrato de trabalho, não basta para escusar o reclamado da condenação, nos termos da Súmula nº 244, I, desta Corte. Isso porque o empregador responde objetivamente pela gravidez ocorrida no decurso do contrato de trabalho, independentemente do momento da confirmação, visto que a estabilidade não visa tutelar apenas a mãe, mas principalmente o nascituro, sendo o fato biológico gravidez o que atrai a tutela constitucional, marcando o termo inicial da estabilidade. No caso dos autos, a conclusão de que a reclamante estava grávida na data da dispensa é corroborada pelo fato de o parto ter ocorrido 36 semanas após a dispensa quando, numa gestação normal, o parto ocorre, em média, entre a 38.^a e a 40.^a semana. Recurso de revista a que se dá provimento.⁹⁹

Ainda nesse plano de tutela do nascituro, Luciano Martinez registra, em nota de rodapé, a existência do Projeto de Lei nº 3.829/1997, de autoria do Deputado Federal Arlindo Chinaglia, do Partido dos Trabalhadores (PT), de São Paulo, que proíbe durante 12 meses a dispensa arbitrária ou sem justa causa do trabalhador, contratado por tempo indeterminado,

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 286.206. Relator Joaquim Barbosa, julgado em 26/08/2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>

⁹⁸ MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 723.

⁹⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR: 17858420105020383 1785-84.2010.5.02.0383, Relatora: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 29/05/2013, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/06/2013). Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/consulta-unificada>.

cuja esposa ou companheira esteja grávida¹⁰⁰. Esse Projeto foi aprovado, em dezembro de 2008, pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, tratando-se, até aqui, de mera perspectiva de criação de uma nova forma de estabilidade provisória no emprego, e que por isso fica aqui anotada apenas a título informativo, sem maiores aprofundamentos.

O autor destaca ainda a licitude da dispensa da gestante quando não for arbitrária, ou quando houver justa causa, com base em interpretação *a contrario sensu* do disposto no inciso II, do art. 10 do ADCT¹⁰¹.

Parece correta essa interpretação, já que a vedação à dispensa imposta naquele dispositivo transitório da Constituição refere-se expressamente à dispensa arbitrária ou sem justa causa. Dessa forma, ainda que se considere a relevância da proteção da fonte de sustento da gestante e, conseqüentemente, do nascituro, não subsiste a estabilidade se a dispensa estiver baseada em razões de ordem técnica, disciplinar, econômica ou financeira, conforme previsão do art. 165 da CLT, que se refere à estabilidade provisória dos membros de CIPA's, e que pode perfeitamente ser utilizado, de forma analógica, para a conceituação da despedida não arbitrária. Do mesmo modo, não subsiste a estabilidade em hipótese de cometimento, pela gestante, de qualquer dos atos faltosos previstos no art. 482 da CLT, onde tipificadas as hipóteses de justa causa cometidas pelo empregado.¹⁰²

Quanto aos efeitos decorrentes dessa estabilidade provisória, a reintegração no emprego é o principal deles, porém limitada ao período correspondente à estabilidade, ou seja, até cinco meses após o parto. Ultrapassado esse marco temporal, a garantia fica restrita ao pagamento de salários e demais direitos correspondentes ao período estável, conforme jurisprudência consolidada no item II da Súmula 244 do TST.

A propósito, vem entendendo o TST que não há restrição a que a empregada postule pela indenização desse período depois de encerrada a estabilidade, considerando que a lei não

¹⁰⁰ MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 722/723.

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² Até julho de 2006, esse direito não era reconhecido às empregadas domésticas gestantes, o que encerrava nítida distorção em relação ao fundamento básico da norma. Com efeito, ainda que se considere que o empregador doméstico diferencia-se em diversos aspectos do empregador pessoa jurídica, não há como negar que o bem maior protegido pelo direito com a estabilidade provisória era rigorosamente o mesmo: a fonte de sustento do nascituro. Essa distorção foi corrigida com a promulgação da Lei 11.324, de julho daquele ano, a partir de quando a empregada doméstica passou a contar com a mesma proteção legal das demais empregadas.

impõe tal restrição, restando praticamente pacificada a questão, superando-se o entendimento de que isso caracterizaria abuso no exercício do direito à estabilidade gestacional, na medida que cercearia o direito do empregador de reintegrar a empregada. Nesse sentido, por exemplo, Sérgio Pinto Martins, citado em artigo da juíza Kátia Liriam Asquini Braiani¹⁰³. Assim, a postulação dessa indenização ficaria restrita apenas à questão da prescrição, e mesmo assim, segundo a jurisprudência dominante, se for arguida pela parte contrária¹⁰⁴, deixando este estudo de aprofundar essa questão, por escapar da questão central que constitui seu objeto. Nesse mesmo sentido, a Orientação Jurisprudencial (OJ) nº 399, da Seção de Dissídios Individuais (SDI) I do TST¹⁰⁵.

Outras duas questões extremamente relevantes a respeito da estabilidade da gestante devem também ser destacadas: a possibilidade de sua aquisição nos contratos por tempo determinado e durante o curso do aviso prévio.

No primeiro caso, a jurisprudência firmou-se em sentido positivo, conforme item III da já referida Súmula 244 do TST: “A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea *b*, do ADCT, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.”

Trata-se, aqui, de radical alteração de posição do TST, promovida com a revisão da Súmula em 14/09/2012, o que pode ser atribuído à posição adotada pelo STF em 2011, no sentido de que todas as trabalhadoras, seja do setor privado, seja do setor público, têm direito à estabilidade quando gestantes. Porque paradigmática, transcreve-se, abaixo, sua ementa:

¹⁰³ BRAIANI, Kátia Liriam Pasquini. A estabilidade da empregada gestante e o abuso do direito. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, p. 173. Cf. o autor mencionado: "Entretanto, passados alguns meses após a dispensa e pedindo a empregada reintegração, entendo que deve ser desconsiderado o período que vai da dispensa até a data do ajuizamento da ação, em razão da inércia da empregada na sua proposição e de ter direito ao emprego e não a receber sem trabalhar. No caso de a empregada deixar terminar o período de garantia de emprego e só depois ajuizar a ação, penso que não faz jus nem a reintegração, muito menos a indenização, pois o seu ato impediu o empregador de reintegrá-la no emprego, mostrando seu desinteresse em voltar a trabalhar na empresa. O direito previsto na Constituição é ao emprego e não à indenização." .

¹⁰⁴BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 153 do TST: “PRESCRIÇÃO. Não se conhece de prescrição não argüida na instância ordinária.” Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/sumulas>.

¹⁰⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. OJ 399, SDI-I/TST: “ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE GARANTIA NO EMPREGO. ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. O ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º. XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estável.” Disponível em: <http://www.tst.jus.br/ojs>.

SERVIDORA PÚBLICA GESTANTE OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT/88, ART. 10, II, “b”)– CONVENÇÃO OIT Nº 103/1952 – INCORPORAÇÃO FORMAL AO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO (DECRETO Nº 58.821/66) - PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO – DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO ÓRGÃO PÚBLICO COMPETENTE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O acesso da servidora pública e da trabalhadora gestantes à estabilidade provisória, que se qualifica como inderrogável garantia social de índole constitucional, supõe a mera confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao órgão estatal competente ou, quando for o caso, ao empregador. Doutrina. Precedentes. As gestantes – quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de função de confiança ou, ainda, as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário têm direito público subjetivo à estabilidade provisória, desde a confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 10, II, b), e, também, à licença-maternidade de 120 dias (CF, art. 7º, XVIII, c/c o art. 39, § 3º), sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, a integridade do vínculo jurídico que as une à Administração Pública ou ao empregador, sem prejuízo da integral percepção do estipêndio funcional ou da remuneração laboral. Doutrina. Precedentes. Convenção OIT nº 103/1952 . Se sobrevier, no entanto, em referido período, dispensa arbitrária ou sem justa causa de que resulte a extinção do vínculo jurídico-administrativo ou da relação contratual da gestante (servidora pública ou trabalhadora), assistir-lhe-á o direito a uma indenização correspondente aos valores que receberia até cinco (5) meses após o parto, caso incorresse tal dispensa. Precedentes.¹⁰⁶

Até então, prevalecia no âmbito do TST o entendimento de impossibilidade de aquisição de estabilidade em contratos de experiência (uma das espécies de contratos por tempo determinado). Entendia a Corte, antes de alterar sua jurisprudência, adequando-a à posição do STF, acima transcrita, que a natureza temporária do contrato afastava a possibilidade de concluir-se pela despedida arbitrária ou sem justa causa da trabalhadora, em razão de gestação¹⁰⁷, posição então defendida na doutrina por Sérgio Pinto Martins¹⁰⁸. Abaixo, uma das decisões do TST apontadas como precedente da alteração de sua jurisprudência, que como dito passou a seguir o entendimento do STF:

RECURSO DE REVISTA - GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA -

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 634093 DF, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 22/11/2011, Segunda Turma. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1609454>

¹⁰⁷ Eis os termos do item III da Súmula, antes de sua alteração: “Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa.”

¹⁰⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *A continuidade do contrato de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 204. Nas palavras do autor, à época: “Se houver a cessação do contrato de trabalho do empregado, estatuído por prazo determinado, não haverá direito à estabilidade, porque aqui não há despedida injusta, mas término do pacto laboral.

CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. Estabelece o art. 10, II, "b", do ADCT/88 que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, não impondo nenhuma restrição quanto à modalidade de contrato de trabalho, mesmo porque a garantia visa, em última análise, à tutela do nascituro. O entendimento vertido na Súmula nº 244, III, do TST encontra-se superado pela atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que as empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime de trabalho, têm direito à licença maternidade de 120 dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Dessa orientação dissentiu o acórdão recorrido, em afronta ao art. 10, II, "b", do ADCT/88.¹⁰⁹

Uma outra questão relevante é a de saber se a empregada que adota ou que obtém guarda judicial para fins de adoção (conforme art. 392-A da CLT) também se beneficia da estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea *b*, do ADCT. Segundo Gustavo Filipe Barbosa Garcia, essa resposta é negativa. Conforme o autor, a Constituição faz menção à empregada gestante como titular desse direito. Desse modo, a adotante não se encontraria abrangida por essa proteção constitucional. Há, porém, posição divergente no TST, citada pelo mesmo autor, isto é, no sentido de reconhecer o direito à estabilidade provisória à mãe adotante. A propósito, cita decisão proferida pelo Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte (RR 200600-19.2008.5.02.0085, *DEJT* 07.08.2015).¹¹⁰

Por fim, menciona o autor que a Lei Complementar 146, de 25/06/2014, determina que a estabilidade no emprego prevista no ADCT deve ser assegurada àquele que detiver a guarda do filho da empregada gestante que vier a falecer, o que opera em favor da justiça social, tendo em vista o resguardo da fonte de sustento do órfão, estando essa medida em consonância com a finalidade original de proteção do nascituro/criança. Nesse sentido, também, a opinião de Gustavo Filipe Barbosa Garcia.¹¹¹

Com relação à possibilidade de aquisição de estabilidade gestacional no curso do aviso prévio, esse direito encontra-se hoje garantido por lei, que seguiu tendência iniciada pelo TST, que pode bem ser retratada na ementa da emblemática decisão proferida no Processo E-ED-RR 249100-26.2007.5.12.2004, que acertada e expressamente se baseia na dignidade da pessoa humana, na função social da empresa (duas das linhas principais tratadas no presente estudo) e na proteção à maternidade. Eis seus exatos termos:

¹⁰⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. PROCESSO Nº TST-RR-1601-11.2010.5.09.0068, Relator Min. Vieira de Mello Filho, julgado em 29/02/2012. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>.

¹¹⁰ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. 10 ed, ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 813.

¹¹¹ Idem, p. 815.

Embargos em recurso de revista. Acórdão embargado publicado na vigência da Lei nº 11.496/2007. Gestante. Estabilidade provisória. Concepção no período correspondente ao aviso prévio indenizado. A Turma, superando o entendimento do e. Tribunal Regional, adotou o entendimento de que verificada a concepção no período do aviso prévio indenizado, tal fato impedia o deferimento do pleito de estabilidade por óbice da Súmula 371/TST. A respeito do aviso prévio, José Augusto Rodrigues Pinto, valendo-se dos ensinamentos de Orlando Gomes e Elson Gottschalk, entende que *‘[...] o aviso prévio é uma declaração reptícia de vontade (pois o destinatário não pode opor-se à aceitação de seus efeitos), de efeito ex nunc, correspondendo à ideia de que o pré-avisante pretende denunciar o contrato sem justa causa, como entende, com muita lucidez, Messias Donato’* (Tratado de Direito Material do Trabalho, LTr, fl. 589). Para o mestre baiano, *‘Há uma tendência impulsiva e inadvertida para se considerar o aviso prévio um efeito da extinção do contrato individual de emprego. A ideia é, evidentemente, enganosa. O aviso prévio, consoante sua própria adjetivação, precede a extinção contratual [...].’* (idem, pág. 581). Tendo o TRT admitido que a reclamante ficou grávida ainda na vigência do pacto laboral, inevitável o reconhecimento da estabilidade prevista no art. 10, II, ‘b’, ADCT. O entendimento aqui esposado não fere a diretriz da Súmula-TST-371 gerada por precedentes que não incluíam a situação da empregada gestante. Daí a lição da eminente Ministra Rosa Maria Weber, em acórdão da eg. 3ª Turma: *‘Diante da estatuta constitucional da garantia, a estabilidade da gestante guarda maior afinidade com o norte presente na segunda parte da Súmula 371/TST, que incorporou a diretriz da OJ 135 de seguinte teor: ‘os efeitos da dispensa só se concretizam depois de expirado o benefício previdenciário, sendo irrelevante que tenha sido concedido no período de aviso prévio já que ainda vigorava o contrato de trabalho’. [...] Tem-se por incabível exegese restritiva de norma constitucional que garante, de forma ampla, às empregadas gestantes a manutenção do emprego e a respectiva licença, quando o bem tutelado, em última análise, é a própria vida do nascituro. Apesar de a gravidez não ser patologia, trabalhadora grávida ostenta a mesma fragilidade laboral que se evidencia nos empregados acometidos por doença, sendo mínimas as chances de obter novo emprego enquanto perdurar o estado gravídico e o período de amamentação inicial – que, não por acaso, coincide com o tempo de garantia de emprego. [...]. Considerando a subsistência do contrato de trabalho no prazo do aviso prévio, a dignidade da pessoa humana, a função social da empresa, a proteção à maternidade e a regra insculpida no art. 10, II, ‘b’, do ADCT, razoável a interpretação regional no sentido do alcance da garantia de emprego à empregada que engravida no período do aviso prévio indenizado. (RR-22110026.2007.5.04.0202. Data de publicação: 27/11/2009). Recurso de embargos conhecido e provido’.*¹¹²

Como adiantado, algum tempo depois, esse entendimento restou positivado pela Lei 12.812, de 16/05/2013, que acrescentou o art. 391-A da CLT, com a seguinte redação:

Art. 391-A. A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, **ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado**, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea *b* do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (original sem destaque)¹¹³

Diante disso, conforme Luciano Martinez, mesmo tendo recebido pré-aviso de seu

¹¹² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. SBDI-I, E-ED-RR 249100-26.2007.5.12.0004, Relator Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, *DEJT* 09/04.2010. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>.

¹¹³ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm.

desligamento da empresa – seja na forma trabalhada, seja na indenizada – a empregada que engravida no curso desse período passa a ter o direito de permanecer no emprego, tornando-se nulo o aviso prévio e também eventual homologação/pagamento de verbas resilitórias referentes ao período de estabilidade.¹¹⁴

Toda essa proteção se justifica em razão da necessidade de proteção ao nascituro, de modo a propiciar-lhe, por meio da mãe, as necessárias condições para que tenha um início digno de vida, questão vinculada, portanto, ao mínimo existencial de que já se tratou no item 2.1 do Capítulo I deste trabalho.

E o mínimo existencial, como lá se concluiu, é um conceito diretamente ligado ao de dignidade da pessoa humana, que também fundamenta, primordialmente, a proteção ao emprego, como vem sendo demonstrado neste ensaio.

1.3.3. A estabilidade do trabalhador acidentado

Essa estabilidade provisória encontra-se prevista no art. 118 da Lei 8.213/1991, nos seguintes termos:

O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.¹¹⁵

Um primeiro questionamento surgido a propósito desse artigo – que é posterior à Constituição Federal – foi justamente a questão de sua validade ante o disposto no inciso I, do art. 7º da Constituição Federal.

É que esse dispositivo constitucional estabelece que seu disciplinamento deve ser ultimado por meio de lei complementar. Assim, porque ordinária a Lei 8213/1991, o artigo transcrito não poderia, desgarrando-se da exigência constitucional, estabelecer espécie de estabilidade no emprego. Haveria, portanto, vício formal nesse tipo de regramento, posto não observar a exigência constitucional de lei complementar.

Nesse aspecto, todavia, prevaleceu entendimento em sentido contrário, conforme redação da Súmula 378, inciso I do TST, que conclui pela constitucionalidade do art. 118 da

¹¹⁴ MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 722/723.

¹¹⁵ BRASIL. Lei n. 8.213/1991. Dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm.

Lei 8.213/1991 ao assegurar ao empregado acidentado a estabilidade no emprego por período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença, ao fundamento de que essa questão envolve hipótese específica de garantia de emprego, não se tratando, portanto, de regulamentação genérica da proteção prevista no inciso I, do art. 7º da CF/88, esta sim, a ser concretizada por meio de lei complementar, conforme exigência do *caput* desse artigo.¹¹⁶

Questão igualmente importante diz respeito aos requisitos para a aquisição desse tipo de estabilidade provisória. Conforme os termos da Lei 8.213/1991, é pressuposto para tanto que o trabalhador esteja percebendo auxílio-doença acidentário, o qual passa a ter direito a partir do décimo quinto dia de afastamento de suas atividades, em razão de acidente de trabalho. De igual modo, também terá direito a essa garantia o trabalhador que, após a despedida, restar acometido de “doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego”.¹¹⁷ Isso porque nos termos do art. 20 da Lei 8.213/1991 a doença profissional e a doença do trabalho são consideradas acidentes de trabalho, para todos os efeitos, inclusive de estabilidade provisória no emprego. Nesse sentido, a jurisprudência consolidada pelo item II da Súmula 378 do TST.¹¹⁸

Como se percebe, essa jurisprudência veio mitigar o rigor do art. 118 da Lei 8.213/1991. Com efeito, não há nesse dispositivo legal previsão de estabilidade provisória no emprego em caso de doença profissional detectada após a despedida. E há uma explicação lógica a amparar essa possibilidade: “as doenças ocupacionais normalmente não se manifestam de forma súbita, mas vão se alojando, pouco a pouco, no organismo, até causarem a impossibilidade de labor.”¹¹⁹ Nessas circunstâncias, é comum que o trabalhador não detecte a doença ainda no curso da relação de emprego, não percebendo, portanto, o benefício previdenciário do auxílio-doença acidentário. Diante disso, é também comum que o empregado, apenas quando já consumada a despedida, venha a apresentar sintomas da doença

¹¹⁶ Súmula 378/TST. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DO TRABALHO. ART. 118 DA LEI Nº 8.213/1991. (inserido item III) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/sumulas>.

I - É constitucional o artigo 118 da Lei nº 8.213/1991 que assegura o direito à estabilidade provisória por período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença ao empregado acidentado. (ex-OJ nº 105 da SDI-1 - inserida em 01.10.1997).

¹¹⁷ Idem, p. 814.

¹¹⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 378, II: “São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a consequente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego.” Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/sumulas>.

¹¹⁹ Idem, p. 815

profissional, vindo então a confirmá-la já nesse estágio posterior à relação de emprego. Nessa hipótese, defende Gustavo Filipe Barbosa Garcia a possibilidade de que, por meio de interpretação teleológica se conclua que se o afastamento das atividades laborais do trabalhador for reconhecido como uma medida que deveria ter sido adotada pelo empregador no curso da relação, deve-se, então, considerar preenchido o requisito legal para a aquisição da estabilidade.

Esclarece ainda esse autor que a expressão legal “pelo prazo mínimo de doze meses”, constante do referido art. 118 da Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social, não deve ser interpretada como permissão para seu aumento por quem o interprete ou o aplique. A seu ver, o sentido dessa norma é possibilitar que por meio de outras fontes normativas possa eventualmente ser majorado esse período de estabilidade no emprego, no que se incluem as normas coletivas negociadas (acordos coletivos de trabalho e convenções coletivas de trabalho), bem como por previsão no próprio contrato de trabalho. Todavia, defende também que não se pode conceber, nem mesmo na via da autonomia privada das partes, a adoção de prazo de estabilidade menor que o de 12 meses previsto na norma legal previdenciária. Nesse exato sentido, invoca em prol dessa argumentação o disposto na Orientação Jurisprudencial nº 31 da Seção de Dissídios Coletivos – SDC do TST, cujos termos são de oportuna transcrição:

Estabilidade do acidentado. Acordo homologado. Prevalência. Impossibilidade. Violação do art. 118, Lei 8.213/1991. Não é possível a prevalência de acordo sobre legislação vigente, quando ele é menos benéfico do que a própria lei, porquanto o caráter imperativo dessa última restringe o campo de atuação da vontade das partes.¹²⁰

Portanto, *a contrario sensu*, como já adiantado, é possível a pactuação, por meio de negociação coletiva, de norma determinando prazo mais longo de estabilidade em decorrência de infortúnios do trabalho.

Quanto à questão da ocorrência de acidente durante o período de aviso prévio, tem-se que o contrato deverá ser interrompido, arcando o empregador, nos primeiros 15 dias de afastamento, com a remuneração do empregado, a qual passará ao INSS depois desse período.

Também quanto a esse tipo de estabilidade, fica claro, uma vez mais, que a necessidade de preservação do emprego do trabalhador vítima de acidente encontra fundamento, dentre outras razões, no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana,

¹²⁰ Idem, p.815

evidentemente violado se não contasse o trabalhador com a proteção legal do emprego nessa situação.

Por fim, dentro das necessárias limitações definidas ao presente estudo, outra questão a merecer análise é a que diz respeito à estabilidade dos servidores públicos. É certo que a proteção constitucional do inciso I, do art. 7º da Carta destina-se aos trabalhadores regidos pela legislação trabalhista, já que a disciplina jurídica referente aos servidores públicos encontra-se no capítulo XXX da Constituição. Todavia, é pertinente o estudo, a título de referência, do funcionamento, dos resultados práticos e do embasamento legal desse tipo específico de estabilidade, que afinal de contas destina-se também à proteção do posto de trabalho, ainda que de um trabalhador vinculado a legislação distinta, de cunho administrativo. É o que se passa a fazer no próximo item.

1.4. A estabilidade do servidor público

É indispensável ao estudo dessa temática uma breve regressão, de modo a contemplar a evolução dessa questão no âmbito da própria Constituição Federal – antes e após a chamada Reforma Administrativa, concretizada com a Emenda Constitucional nº 19/1998.

E paralelamente, também indispensável a análise das correspondentes interpretações que lhes foram emprestadas pela doutrina e pela jurisprudência. Para isso, parece mais prudente e mais proveitosa a transcrição integral, no corpo desse texto, das redações do art. 41 da Constituição, a começar por sua redação original:

Art. 41. São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público.

§ 1º. O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.

§ 2º. Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade.

§ 3º. Extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.¹²¹

A doutrina administrativa tradicional interpretava essa norma constitucional considerando que apenas os ocupantes de cargos públicos poderiam ser alcançados pela

¹²¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

estabilidade, que Hely Lopes Meirelles define como “a garantia constitucional de permanência no serviço público outorgada ao servidor que, nomeado por concurso em cargo efetivo, tenha transposto o estágio probatório de dois anos.”¹²² Nesse mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “A referência a *cargo* e a *nomeação* exclui a aplicação do dispositivo para os servidores admitidos ou contratados para o desempenho de emprego ou função pública.”¹²³ (destaques originais)

Aqui, necessária uma breve explicação. O art. 39 da mesma CF/88 dispunha – antes da Emenda Constitucional 19/1998, que também o alterou – que os entes públicos deveriam instituir regime jurídico único, o que, no âmbito da União Federal, levou à edição da Lei 8112/1990, pela qual instituído o regime jurídico estatutário (administrativo) de seus servidores. Nessa época, conforme Gustavo Filipe Barbosa Garcia, existiam correntes de doutrina e de jurisprudência no sentido de considerar que também os trabalhadores da iniciativa pública regidos pela CLT deveriam ser incluídos na estabilidade prevista no art. 41 da CLT.¹²⁴ A propósito, o autor menciona e transcreve ementa de decisão proferida pela Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

Estabilidade – Servidor público. A estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal independe da natureza do regime jurídico adotado. Servidores concursados e submetidos ao regime jurídico trabalhista têm jus à estabilidade, pouco importando a opção pelo sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.¹²⁵

A jurisprudência do TST, à época, encontrava-se em sintonia com essa posição, o que se pode extrair de dois dispositivos de sua jurisprudência: as Orientações Jurisprudenciais 22, da SDI – II, e 265, da SDI – I, cujos teores seguem também transcritos:

OJ. 22/SDI-II. AÇÃO RESCISÓRIA. ESTABILIDADE. ART. 41, CF/88. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal.

OJ. 265/SDI-I. ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da

¹²² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 21 ed atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 386.

¹²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 9 ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 377.

¹²⁴ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. 10 ed, ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 833.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 187.229-2/PA, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15.12.1998, DJ 14.05.1999, Ementário 1950-3. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=229716>.

Constituição Federal.¹²⁶

Esses dispositivos foram cancelados em virtude da edição da Súmula 390 do mesmo TST, que assim passou a dispor:

ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.¹²⁷

Como se percebe, essa nova posição diferencia sua conclusão em razão de tratar-se o trabalhador de servidor público ou empregado público, entendendo-se o primeiro como o trabalhador da administração direta, exercente de cargo público, ou de autarquias e fundações públicas, também exercente de cargo público. Para esses trabalhadores, aplica-se o instituto da estabilidade.

Já com relação aos assim denominados empregados públicos, isto é, aos trabalhadores de empresas públicas e sociedades de economia mista, que o § 1º, II, do art. 173 da Constituição determina equiparação à iniciativa privada, e que por isso são regidos pela CLT, não há estabilidade.

Trata-se, aqui, de ajuste à nova redação do art. 41 da Constituição, introduzida pela já aludida Emenda Constitucional 19/1998. Eis seus exatos termos:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

§ 2º Invalorada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu

¹²⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/ojs>.

¹²⁷ Idem.

adequado aproveitamento em outro cargo.

§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.¹²⁸

É plausível a nova posição da jurisprudência, uma vez que esta última redação do art. 41 da CF/1988 diferencia-se da anterior ao direcionar, com mais ênfase, a estabilidade aos trabalhadores da iniciativa pública vinculados a “cargo de provimento efetivo”, o que não deixa dúvidas de que não alcança trabalhadores públicos regidos pelo regime da CLT.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia, todavia, defende que essa distinção não subsiste a uma interpretação teleológica, de modo que, para o autor é mais razoável a posição anterior do STF, aqui já transcrita, e que se orientava no sentido do direito à estabilidade também pelos trabalhadores públicos regidos pela CLT¹²⁹.

Cabe destacar, neste ponto, que os servidores públicos nomeados para cargos em comissão e contratados por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, II e IX, respectivamente), não têm direito à estabilidade, tendo em vista escaparem ao requisito de que tenham sido nomeados para cargo de provimento efetivo.¹³⁰

Como destacado, ao se estudar, sob qualquer enfoque, a questão da proteção ao emprego no Brasil, é indispensável que se aborde as estabilidades já existentes no ordenamento jurídico – ou pelo menos algumas delas –, ainda que baseadas em situações peculiares. Isso porque, a despeito dessas peculiaridades, há a possibilidade de estudar a existência – ou não – de um fundamento comum.

Na hipótese, esse fundamento é justamente a dignidade da pessoa humana, presente, como visto, em todos os casos estudados de estabilidade, sejam as provisórias, sejam as definitivas.

E se assim é, a conclusão a que se chega, para além de todos os outros fundamentos

¹²⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

¹²⁹ Idem, p. 836. A propósito, o autor ilustra seu entendimento com o seguinte exemplo: “Imagine-se o caso de dois servidores do mesmo ente administrativo, ambos nomeados para a mesma atividade pública, em razão de aprovação no mesmo concurso público, na mesma época, um estando regido pelo estatuto e o outro pela Consolidação das Leis do Trabalho. Dize que somente um deles é apto a adquirir a estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal representa violação dos princípios da razoabilidade e da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF/1988).

¹³⁰ Idem, p. 836.

até aqui já colocados, é que tanto quanto as estabilidades provisórias garantidas por lei, ou a estabilidade do servidor público, a estabilidade do trabalhador empregado encontra justificação no fato de ser o emprego elemento diretamente associado à dignidade do homem. Desse modo, o ideal seria que o emprego fosse de fato protegido contra despedida arbitrária ou injustificada, e não apenas indenizado, em caso de ruptura do vínculo, como acontece hoje.

Na sequência, destaca-se e discute-se projeto de lei complementar tendente a regulamentar o inciso I, do art. 7º da Constituição, em andamento no Congresso Nacional, no qual, como se verá no item subsequente, ainda prevalece a perspectiva de proteção por via indenizatória, e não por meio de reintegração.

2. O Projeto de Lei Complementar 517/2015

Neste ponto, impõe-se menção ao Projeto de Lei Complementar 517/2015, em andamento no Congresso Nacional¹³¹, de autoria do Deputado Veneziano Vital do Rêgo, do PMDB da Paraíba, no qual propõe o aumento da indenização compensatória para 60% dos valores de FGTS depositados pelo empregador ao longo do contrato, além de “pagamento direto do valor correspondente à maior remuneração percebida durante o contrato, multiplicado pela quantidade de anos trabalhados ou fração”¹³².

Em caso de culpa recíproca pela ruptura do contrato, o projeto prevê redução desses valores mencionados à metade.

Na justificação do projeto consta o seguinte:

Passadas quase três décadas desde a promulgação da Constituição, o que era transitório continua válido e o direito à proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa nunca foi concretizado.

Nossa proposta é preencher essa lacuna e regulamentar o inciso I do art. 7º da Constituição, tornando efetiva a proteção nele prevista.

O projeto que ora apresentamos aumenta de 40% para 60% o percentual do depósito a ser feito na conta vinculada do trabalhador no FGTS, a ser calculado sobre o montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros.

Além disso, estabelecemos que, na hipótese de despedida arbitrária ou sem justa causa, será pago diretamente ao trabalhador o valor correspondente à maior remuneração percebida durante o contrato, multiplicado pela quantidade de anos

¹³¹ A última movimentação constante no *site* institucional da Câmara dos Deputados é a chegada do projeto na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, ocorrida em 31/08/2016.

¹³² BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://camara.gov.br/sileg/integras/1361387.pdf>

trabalhados ou fração.

Entendendo que a proposta que ora apresentamos supre uma lacuna que deixa vulneráveis os trabalhadores brasileiros, em especial em momentos de crise, como o que vivemos hoje, pedimos apoio para os nobres Colegas para sua conversão em norma legal.¹³³

É evidente que a existência de um projeto de lei complementar sobre essa questão, por si só, deve ser tomado como um avanço, pois que tendente a trazer alguma regulamentação ao tema e, de consequência, lançá-lo ao plano da efetividade. Mas é indispensável que essa regulamentação traga, de fato, alguma segurança no emprego ao trabalhador, sem o que não restará efetivamente consagrada a proteção prevista na Constituição.

Também a previsão de pagamento de indenização calculada com base no tempo de serviço constitui avanço nessa matéria, posto corresponder a elemento tendente a desestimular a dispensa imotivada, por encarecê-la.

Note-se que, nos termos do projeto, além do aumento do valor da multa rescisória, de 40% para 60% dos valores recolhidos a título de FGTS ao longo do contrato, há previsão dessa indenização adicional, que será tanto maior quanto maior o tempo de serviço prestado pelo trabalhador ao empregador.

A despeito desse avanço, sem dúvida considerável, importa destacar que continua ausente qualquer previsão de reintegração no emprego, de modo que a solução, ainda que importe condição mais favorável ao trabalhador que aquela hoje em vigor, não opera no âmbito da efetiva proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, que segue permitida pelo ordenamento jurídico.

Com efeito, nos termos em que posto, o projeto não obsta a dispensa imotivada e/ou arbitrária, atuando apenas no plano das consequências jurídicas da dispensa já efetivada, a qual, portanto, continua jungida ao livre arbítrio do empregador, dentro de seu poder gerencial.

O ideal seria que o projeto de lei trouxesse previsão de exigência de motivação para a dispensa, condicionando-a, sob pena de reintegração, à ocorrência de motivos técnicos, disciplinares, financeiros ou econômicos, motivos esses vinculantes da validade do próprio ato de dispensa, o que, a um só tempo, conferiria maior segurança à relação de emprego e se aproximaria do contexto constitucional de proteção do emprego e da dignidade da pessoa

¹³³ Idem.

humana.

No plano internacional, é esse o desiderato da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que justamente recomenda a existência daqueles motivos referidos como justificção para o rompimento das relações de emprego.

Logo adiante, no Capítulo III, maior detalhamento sobre essa e outras questões referentes àquela convenção internacional, marco de extrema importância na questão da proteção ao emprego no âmbito internacional e também para o Brasil.

CAPÍTULO III - A PROTEÇÃO CONTRA DESPEDIDA ARBITRÁRIA - CONVENÇÃO 158 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT

1. A proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa na Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho - OIT

Também no âmbito internacional, há muito vem se consolidando a preocupação com os direitos humanos em geral, e particularmente com o trabalho como direito fundamental do homem.

Não deve haver qualquer dúvida sobre a importância do estudo dos direitos humanos, especialmente em razão da globalização econômica e do que vem se constituindo, em certa medida, um seu contraponto: o relativismo sócio-cultural¹³⁴. É certo, todavia, que a proteção ao trabalho e ao emprego – uma das vertentes da dignidade do homem – constitui preocupação universal dos Estados modernos.

O trabalho, a despeito do reconhecimento de sua importância para a formação pessoal do homem e para a estruturação das sociedades, nem sempre teve do Direito tutela específica. Por longo tempo prevaleceu o entendimento de que o disciplinamento jurídico de seus elementos era desnecessário. Depois disso, com o advento do capitalismo, passou-se a

¹³⁴ BALDI, César Augusto. Direitos humanos na sociedade cosmopolita/César Augusto Baldi (org.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 71. Nas palavras de Flávia Piovesan: “Em um contexto cada vez mais caracterizado pela relação entre Estados, regiões e instituições internacionais, em que se enfrentam os dilemas da globalização econômica, somados aos dilemas do movimento do relativismo cultural, pode-se concluir que o próximo milênio reserva como maior débito e desafio a globalização dos direitos humanos, concebidos em sua universalidade e indivisibilidade.

conceber indevida a normatização das relações trabalhistas, ao argumento liberal de que isso importaria violação das liberdades individuais do cidadão, justamente o que se buscou alcançar com as revoluções liberais no século XVIII, notadamente a Revolução Francesa. Na ocasião, os detentores do capital passaram a pregar a doutrina do liberalismo econômico, para a qual liberdade seria permitir que empregadores e empregados pudessem pactuar "livremente", no âmbito da autonomia de suas vontades, as regras para disciplinar suas relações no mundo do trabalho, como se pudesse haver isonomia entre partes absolutamente desniveladas economicamente.

Historicamente, a superação desse modelo predatório veio após insurgências que se tornaram comuns em meio à já mencionada Revolução Industrial - período do ápice da exploração dos trabalhadores, que chegavam a laborar por mais de 15 horas diárias, sem qualquer distinção entre homens, mulheres e mesmo crianças.

A partir de então, o Direito, agora adotando postura social, passou a estabelecer regras mínimas de proteção aos trabalhadores, por meio de legislação prevendo limites a serem obrigatoriamente observados pelos empregadores.

Ainda assim, não houve, inicialmente, a preocupação de elevar essa proteção jurídica ao nível constitucional. Do ponto de vista histórico-constitucional, a Constituição mexicana de 1917 é o marco inicial da proteção ao trabalho e ao trabalhador, o que significa que seu estudo é imprescindível ao tema, dada a influência que irradiou aos demais ordenamentos constitucionais da época. A partir dela, os ordenamentos constitucionais do Ocidente passaram a cuidar da proteção ao trabalhador, até então tratado, jurídica e economicamente, como mera mercadoria, descartável a qualquer momento, independentemente da existência de motivos justificadores da dispensa. Eis aí, nessa nova forma de o Direito encarar o trabalhador, a grande novidade introduzida pela Constituição de 1917 do México. Conforme Fábio Konder Comparato, a partir dela estabeleceu-se “a desmercantilização do trabalho, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer (...). Ela firmou o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho”, o que, segundo o autor, significou o lançamento das bases para a construção do moderno Estado Social de Direito.¹³⁵

¹³⁵ COMPARATO. Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 181.

Depois disso, com o passar das duas Grandes Guerras Mundiais – e especificamente após as atrocidades nazistas – cresceu no plano internacional um movimento em prol da preservação e da institucionalização dos direitos humanos, que no plano dos ordenamentos jurídicos nacionais se efetivou com a constitucionalização dos chamados direitos fundamentais, individuais e sociais. Desde então, ganhou protagonismo a proteção à dignidade da pessoa humana, elemento central da quase totalidade das Constituições ocidentais atuais, a brasileira inclusive.

E o trabalho, como fonte universal de sobrevivência e dignidade do homem, e ainda por seu caráter de elemento indispensável na construção de riquezas das sociedades, passou também a ostentar *status* de protagonismo, passando então sua proteção a ser alvo das constituições nacionais.

Na América Latina, afora o mencionado pioneirismo da Constituição mexicana nessa temática, todos os países, depois dela, passaram a seguir nessa mesma direção, especialmente aqueles que mais recentemente editaram novos textos constitucionais, como Brasil, Chile, Equador e Bolívia. Em todas essas constituições fica patente a preocupação em destinar ao trabalhador proteções específicas contra os excessos usualmente observados no ambiente capitalista – e que tiveram na Revolução Industrial dos séculos XVIII e XIX seu apogeu.

Além desse primeiro marco no desenvolvimento evolutivo da proteção ao emprego, outro ponto de extrema significação e influência foi a criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, logo após o término da I Grande Guerra Mundial.

A propósito, Flávia Piovesan menciona a OIT, ao lado do Direito Humanitário e da Liga das Nações "como os primeiros marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos".¹³⁶ Explica a autora que a OIT "tinha por finalidade promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar"¹³⁷, e que no início do século XXI, às vésperas de completar seu primeiro centenário, suas normativas seguem buscando assegurar "um padrão justo e digno nas condições de trabalho"¹³⁸.

E é justamente nesse contexto que se insere a proteção contra despedida arbitrária ou

¹³⁶ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 111.

¹³⁷ Ibidem, p. 113.

¹³⁸ Ibidem, p. 113.

injustificada prevista no corpo da Convenção 158 da OIT, consubstanciada, mais precisamente, nos arts. 4 e seguintes de sua Parte II (Normas de Aplicação Geral).

Eis, para melhor visualização, seus exatos termos:

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.¹³⁹¹⁴⁰

É oportuno, neste ponto, lembrar que as convenções da OIT têm relevante papel ao instituir, nos ordenamentos internos dos países que a elas aderem – e o Brasil, como se verá, inicialmente aderiu aos termos da referida Convenção 158 –, regras e princípios pensados conjuntamente, no âmbito daquela Organização, da qual faz parte o Brasil como Estado-membro.

É certo, portanto, que a possibilidade de internalização de convenções no ordenamento jurídico interno é matéria de grande relevância jurídica. Aliás, a própria Constituição Federal brasileira cuidou de deixar isso bastante claro ao expressar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (§ 2º do art. 5º).

E em razão das discussões sobre a hierarquia das normas estrangeiras inseridas no ordenamento interno, a Emenda Constitucional 45/2004 estabeleceu, num novo § 3º, que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Essa questão, no momento, é mencionada apenas para destacar a importância da discussão sobre a internalização de normas internacionais. Mais adiante, em subitem próprio, será estudada com maior detalhamento, inclusive com relação à questão da hierarquia que

¹³⁹ BRASIL. Decreto n. 1.855/1996. Promulgou a Convenção 158 sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1855.htm.

¹⁴⁰ Essa norma internacional foi denunciada unilateralmente em pelo Decreto 2100 de 20/12/1996, cujo teor era o seguinte: “**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, torna público que deixará de vigorar para o Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997, a Convenção da OIT nº 158, relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 22 de junho de 1982, visto haver sido denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada, por esta última, a 20 de novembro de 1996.” (grifos originais)

deverá ostentar na ordem jurídica nacional, caso venha a ser posta em prática no plano jurídico interno.

Por ora, a questão a ser analisada é a da internalização da Convenção 158 da OIT no Brasil, inicialmente aprovada pelo Congresso Nacional e subsequentemente por ato do então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, que posteriormente a denunciou. É que nessa Convenção há explícita determinação de proteção contra a ruptura da relação de emprego, ressalvadas as hipóteses de motivos disciplinares, técnicos, econômicos ou financeiros. Ajusta-se, portanto, exatamente à discussão da efetividade da norma do inciso I do art. 7º da Constituição Federal brasileira.

Como já dito, é no art. 4 dessa convenção da OIT que está estabelecido que as dispensas de trabalhadores por seus empregadores deve ser precedida de alguma justificativa.

Além disso, prevê o art. 7, sob o título "Procedimentos Prévios ao Término por Ocasião do Mesmo" (SEÇÃO B), que a terminação da relação de trabalho, quando relacionada ao comportamento ou ao desempenho do trabalhador, deverá ser precedida de possibilidade de defesa das acusações feitas ao trabalhador.

E na SEÇÃO C, ainda no corpo do art. 7 da Convenção, encontra-se a disciplina sobre o "Recurso Contra o Término", disposta nos itens 1, 2 e 3, cuja transcrição é oportuna:

1. O trabalhador que considerar injustificado o término de sua relação de trabalho terá o direito de recorrer contra o mesmo perante um organismo neutro, como, por exemplo, um tribunal, um tribunal do trabalho, uma junta de arbitragem ou um árbitro.
2. Se uma autoridade competente tiver autorizado o término, a aplicação do parágrafo 1 do presente artigo poderá variar em conformidade com a legislação e a prática nacionais.
3. Poder-se-á considerar que o trabalhador renunciou a seu direito de recorrer contra o término de sua relação de trabalho se não tiver exercido tal direito dentro de um prazo razoável após o término.¹⁴¹

Portanto, para além da previsão constitucional do inciso I do art. 7º da Carta Constitucional de 1998, há este outro dispositivo normativo relevante ao estudo da proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa que, como destacado, expressamente se orienta no sentido da impossibilidade de dispensa sem amparo em motivos justificáveis.

¹⁴¹ Idem.

De um ponto de vista prático, a importância dessa Convenção decorre do fato de ter sido inicialmente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por ato do Congresso Nacional, posteriormente, como dito, denunciado unilateralmente pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, mesmo depois de tê-la posto em vigor.

Essa denúncia, que é alvo de impugnação da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.625/1997, no momento se encontra na pendência de decisão do STF, já tendo sido colhidos votos de alguns de seus Ministros, como se verá um pouco mais adiante, no item subsequente do presente estudo.

Assim, há real possibilidade de que venha a ser aquela norma internacional reincorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, de modo que se impõe, primeiramente:

(a) uma averiguação da situação atual daquela Ação Direta;

(b) a análise da forma pela qual essa norma deve ser internalizada, caso acolhida sua proposição central, o que passa pela discussão da forma pela qual devem ser reconhecidos os direitos dos trabalhadores nelas consignados: se como direitos humanos, a ensejar sua internalização no ordenamento brasileiro como norma equivalente a uma emenda constitucional (ou pelo menos como norma de natureza supralegal, a depender da interpretação que venha a ser dada a ela, no tocante à exigência prevista no § 3º do art. 5º da Constituição de 1988), ou, ainda, como lei ordinária (caso não seja considerada norma de direitos humanos) e; por fim;

(c) qual seria o exato alcance daquela norma internacional em relação, especificamente, à proteção contida em seu art. 4; além disso, como se daria sua integração com a norma constitucional sob estudo (inciso I do art. 7º da Constituição Federal de 1988).

Essa última questão é alvo de posições muito discrepantes no âmbito da doutrina, havendo, em posições extremas, entendimentos pela imediata e integral aplicabilidade da Convenção, em conjunto com o disposto no inciso I do art. 7º da Constituição brasileira e, por outro lado, quem defenda que nada restará alterado com sua inserção no ordenamento jurídico nacional. Há, ainda, posição intermediária, como a de Márcio Túlio Viana, que defende que sua inserção promoverá alterações no futuro, ainda que não na proporção daquela primeira

corrente referida.¹⁴²

Na sequência, em subitens próprios, a discussão sobre esses pontos.

1.1. A questão da internalização da Convenção 158 da OIT no Brasil. A impugnação à denúncia unilateral da Convenção pela Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.625/1997

É ainda incerta a reincorporação da Convenção 158 da OIT pelo Brasil. Mais que isso, é também incerto o grau de implicação das mudanças na disciplina jurídica a envolver a temática da dispensa de trabalhadores empregados caso isso venha de fato a se concretizar.

Como se sabe, vem prevalecendo no Brasil o entendimento de que esse tipo de dispensa se trata de mecanismo essencial à condução dos negócios no mundo empresarial, sem o qual, portanto, restaria inviabilizada – ou pelo menos gravemente dificultada – a gestão desses negócios nos mais diversos campos da economia: indústria, comércio, serviços, agronegócio etc..

Essa lógica, a depender da forma de eventual internalização da Convenção 158 da OIT, teria de ser revista, já que, em maior ou menor grau, algum tipo de mudança teria de ser implementada. Daí a relevância da decisão a ser tomada pelo STF na aludida ADI n. 1.625/1997.

Nessa Ação Direta, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) questiona a validade do Decreto 2.100/1996, que levou a efeito a denúncia daquela Convenção pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso.¹⁴³

No âmbito da doutrina, há pelo menos duas linhas de raciocínio que se opõem a propósito da validade jurídica (ou não) da denúncia da Convenção, ora sob discussão naquela Ação Direta. No sentido da invalidade, Carlos Zangrando defende que “a denúncia de tratados

¹⁴² VIANA, Márcio Túlio. Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção 158 da OIT, p.39-48. *In* Revista Trabalhista Direito e Processo 25. São Paulo, LTr, 2008. Nas palavras do autor mineiro: “É exatamente nesse quadro que entra a Convenção 158. Embora já um tanto antiga, ela traz – pelo menos em germen – uma solução de consenso entre o presente, o passado e o futuro. Não reproduz a estabilidade de ontem, mas recusa a instabilidade de hoje, e pode construir um amanhã mais seguro.”.

¹⁴³ Segundo voto-vista da Ministra Rosa Weber, o que na verdade se discute “não é validade da denúncia em si, mas do decreto, que implica a revogação de um tratado incorporado ao ordenamento jurídico como lei ordinária”. Nesse sentido, o informativo do STF de 11/11/2015, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=303837>

pelo Poder Executivo, sem autorização do Poder Legislativo, viola o texto constitucional em seus princípios”, concluindo que “se o Presidente da República necessita da aprovação do Congresso para ratificar o tratado, dela também necessita para denunciá-lo”¹⁴⁴. Nessa mesma linha de raciocínio, Valério Mazzuoli, que entende deve haver um paralelismo “entre os atos jurídicos de assunção dos compromissos internacionais com aqueles relativos à sua extinção”¹⁴⁵ e Rogério Magnus Varela Gonçalves, para quem “a denúncia deveria ter sido firmada com a consulta ao Congresso Nacional. Esta inobservância macula a forma rescisória firmada pelo Governo brasileiro”.¹⁴⁶

Essa forma conjunta de denúncia é a que se observa, majoritariamente, no plano internacional, conforme advertência de José Eduardo de Resende Chaves Júnior¹⁴⁷, que aponta, nesse sentido, os sistemas parlamentares da Itália, França, Áustria e Alemanha, e o sistema presidencialista dos Estados Unidos.

Ainda nessa linha, destaca Jorge Luiz Souto Maior que “apenas nas Constituições da Noruega e de Cuba é que se atribui tal poder [de denúncia unilateral de tratados internacionais] ao chefe do Executivo”¹⁴⁸. Nada obstante, cuida de explicar as razões dessa posição discrepante destes dois países, lembrando que “a Constituição da Noruega é de 1814, tempo em que as relações internacionais eram ainda coisa dos reis, sobretudo para tratar de casamentos reais, e que em Cuba impera ainda a concepção centralizadora de poderes no chefe do governo.”¹⁴⁹

Esse mesmo autor, depois de traçar considerações sobre a invalidade da denúncia presidencial à Convenção 158 da OIT, em razão, também, de extrapolação de prazo para tal ato, considerando-se os prazos do Direito Internacional¹⁵⁰, defende que essa norma

¹⁴⁴ ZANGRANDO, Carlos. Curso de direito do trabalho: tomo I. São Paulo: LTr, 2008. p. 333.

¹⁴⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. São Paulo: RT, 2006. p. 147-148.

¹⁴⁶ GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. Direito constitucional do trabalho: aspectos controversos da automação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 126.

¹⁴⁷ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. “La denuncia de tratados internacionales de derechos humanos”, in <http://www.juizesfree.hpg.ig.com.br>.

¹⁴⁸ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Convenção 158 da OIT. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável. Disponível em http://www.fiscosoft.com.br/main_artigos_index.php?PID=127875&printpage=.

¹⁴⁹ Idem.

¹⁵⁰ VASCONCELLOS, Andréa de Campos. Dispensa imotivada. Análise à luz da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 75. Conforme a autora, o art. 17 da própria Convenção 158 prevê a possibilidade de sua denúncia, depois de ratificada, “no fim de um período de 10 (dez) anos. Não é pacífica a questão do marco inicial desse prazo: se a partir da vigência internacional da norma, ou a partir de cada ratificação, como é a posição de Arnaldo Süssekind.

internacional complementa o inciso I, do art. 7º da Constituição, de modo que, em face justamente desse caráter complementar, não se sustenta a tese de que a falta de lei complementar, em virtude de seu quórum qualificado, obstará a aplicabilidade da Convenção 158. A esse respeito, destaca que esse tipo de norma internacional demanda muito mais formalismo que uma lei complementar. Nesse mesmo sentido, destaca também o § 2º do art. 5º da Constituição Federal, que dispõe que os tratados internacionais são regras que complementam as garantias individuais e coletivas estabelecidas no texto constitucional. Acresce ainda, em prol dessa linha de argumentação, que o art. 4º da Carta Constitucional estabelece “que nas relações internacionais, a República Federativa do Brasil rege-se, dentre outros princípios, pela noção de prevalência dos direitos humanos (inciso II)”¹⁵¹.

Por outro lado, em sentido oposto, isto é, considerando válida a denúncia unilateral da Convenção, e com base na necessidade de vontade conjunta do Congresso Nacional e do Chefe do Executivo para a sustentação da Convenção, Gustavo Filipe Barbosa Garcia conclui ser indispensável que os dois Poderes referidos sustentem, conjuntamente, o desejo de inserção da Convenção no ordenamento interno: "o Legislativo, representado pelo Congresso Nacional, e o Executivo, representado pelo Presidente da República. Passando a inexistir uma dessas vontades, o tratado deixa de vigorar".¹⁵² Nisso, tem o apoio da doutrina de José Francisco Rezek, que defende que a inexistência da vontade de um dos dois Poderes em relação à vigência da Convenção "há de determinar sua denúncia, visto que significa o desaparecimento de umas das bases em que se apoiava o consentimento do Estado".¹⁵³

Para além daquelas duas primeiras correntes doutrinárias referidas, há ainda a considerar uma terceira linha de argumentação, sustentada por Arnaldo Süssekind, com base no disposto na Convenção 144, também da OIT, da qual o Brasil é signatário, e que exige haja consultas efetivas sobre propostas de denúncias de convenções ratificadas, as quais devem ser levadas a efeito por meio de órgãos nacionais que tenham participação paritária de empregadores e trabalhadores. O autor esclarece ainda que o desrespeito a essa exigência "torna a denúncia vulnerável pelo prisma formal, podendo ser objeto de reclamação à OIT, que será apreciada pelo seu Conselho de Administração". O autor conclui ser "injurídico

¹⁵¹ Idem.

¹⁵² GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. 10 ed, ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 608.

¹⁵³ REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 115-116.

admitir sua revogação por simples ato administrativo do Poder Executivo.¹⁵⁴

No plano jurisprudencial, o exame da ADI n. 1.625 teve início em 2003, já tendo sido computados os votos do então Relator, Ministro Maurício Corrêa, no sentido da procedência parcial da ação, para dar interpretação conforme a Constituição ao decreto, de modo que só produza efeitos após sua ratificação pelo Congresso Nacional, no que foi seguido pelo Ministro Ayres Brito, já aposentado.

Na sequência, no ano de 2006, foi colhido o voto do Ministro Nélson Jobim, também já aposentado, o qual se orientou pela improcedência do pedido, ao fundamento de que “o Chefe do Poder Executivo, em razão de representar a União na ordem internacional, pode, por ato isolado e sem anuência do Congresso Nacional, denunciar tratados, convenções e atos internacionais.”¹⁵⁵

Em 2009, o Ministro Joaquim Barbosa (igualmente já aposentado) apresentou voto-vista pela procedência total da ação, isto é, pela impossibilidade da denúncia unilateral, pelo Presidente da República, da Convenção 158 da OIT, considerando tratar-se a denúncia de "ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República (CF, art. 84, VIII)."¹⁵⁶ Mais precisamente, deve ser dito que, nos termos desse voto-vista do Ministro Joaquim Barbosa, a consequência da declaração de inconstitucionalidade do referido Decreto 2.100/1996 seria a retirada da publicidade do ato de denúncia – ato esse tipicamente internacional, e por isso impassível de controle pelo STF.

Daí que, considerando-se que a publicidade de qualquer ato normativo, inclusive tratados internacionais, constitui pressuposto indispensável a sua obrigatoriedade, a declaração de inconstitucionalidade ensejaria, *a contrario sensu*, a sua não-obrigatoriedade. Assim é que, em decorrência, duas consequências foram destacadas pelo Ministro Joaquim Barbosa:

- 1) a declaração de inconstitucionalidade somente teria o efeito de tornar o ato de denúncia não-obrigatório no Brasil, por falta de publicidade. Como consequência, o

¹⁵⁴ SÚSSEKIND, Arnaldo. Direito internacional do trabalho. 3. ed. atual. e com novos textos. São Paulo: LTr, 2000. p. 238.

¹⁵⁵ VASCONCELLOS, Andréa de Campos. Dispensa imotivada. Análise à luz da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 76.

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo 549, de 01 a 05/06/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo549.htm>

Decreto que internalizou a Convenção 158 da OIT continuaria em vigor. Caso o Presidente da República desejasse que a denúncia produzisse efeitos também internamente, teria de pedir a autorização do Congresso Nacional e, somente então, promulgar novo decreto dando publicidade da denúncia já efetuada no plano internacional; 2) a declaração de inconstitucionalidade somente atingiria o Decreto que deu a conhecer a denúncia, nada impedindo que o Presidente da República ratificasse novamente a Convenção 158 da OIT.¹⁵⁷

Com base nessas premissas, o ex-Ministro Joaquim Barbosa apresentou seu voto-vista nos seguintes termos:

6. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO DE DENÚNCIA

O relator do caso, min. Maurício Corrêa, concluiu seu voto no sentido de dar interpretação conforme ao Decreto ora impugnado, no que foi acompanhado pelo ministro Carlos Britto. A proclamação ficou assim redigida:

“Após os votos dos senhores ministros relator e Carlos Britto, que julgavam procedente, em parte, a ação para, emprestando ao Decreto Federal nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996, interpretação conforme ao artigo 49, inciso I, da Constituição Federal, determinar que a denúncia da convenção 158 da OIT condiciona-se ao referendo do Congresso Nacional, a partir do que produz a sua eficácia plena, pediu vista dos autos o senhor ministro Nelson Jobim”.

Creio que a interpretação conforme não é a solução mais adequada e, sim, a declaração de inconstitucionalidade por completo do Decreto 2.100/1996. Isso me parece certo por dois motivos.

Em primeiro lugar, parece-me equivocado tecnicamente, data venia, falar que a denúncia está condicionada à aprovação do Parlamento. O Decreto ora impugnado não denuncia o tratado internacional – a denúncia é um ato tipicamente internacional e, por isso, insuscetível de controle jurisdicional por este Supremo Tribunal Federal. O que o Decreto faz é coisa diversa: ele torna público que a denúncia foi feita e que produzirá seus efeitos em um determinado tempo. Vejamos a redação do Decreto 2.100/1996:

“O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, torna público que deixará de vigorar para o Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997, a Convenção da OIT nº 158, relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 22 de junho de 1982, visto haver sido denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada, por esta última, a 20 de novembro de 1996”.

Ora, sabe-se que a publicação de qualquer ato normativo, inclusive de tratados, é pressuposto necessário para a sua obrigatoriedade. Isso é assim até mesmo nos sistemas considerados como monistas com prevalência do direito internacional. Não é dado a ninguém desconhecer a lei; a lei, contudo, precisa, antes de mais nada, ser cognoscível.

Uma declaração de inconstitucionalidade do Decreto 2.100/1996 deverá ter como consequência, portanto, não o estabelecimento de uma condicionalidade quanto à vigência da denúncia, mas a retirada da publicidade do ato de denúncia. Por sua vez, a retirada da publicidade da denúncia terá como consequência lógica a não obrigatoriedade da denúncia no Brasil, não obstante seja ela operativa no plano internacional, e a manutenção da vigência do decreto que incorporou a Convenção 158 da OIT ao direito interno brasileiro.

¹⁵⁷

A conclusão do min. Maurício Corrêa me parece, pois, inviável, porque extrapola o sentido do Decreto 2.100/1996, levando esta Corte a cumprir uma nítida função legislativa.

Em segundo lugar, o uso da técnica da interpretação conforme no caso me parece, também, equivocado, porque pretende interpretar um ato que viola não materialmente, mas sim formalmente a Constituição.

O argumento desenvolvido no voto do min. Maurício Corrêa – e também no meu – tem a ver com uma violação formal à Constituição: o tratado precisaria ser aprovado pelo Congresso Nacional e não o foi. Ora, parece claro que um ato normativo ou é formalmente constitucional ou é formalmente inconstitucional. Não há que se falar em gradação nesse campo. Falar em gradação significaria que esta Corte, por exemplo, ao constatar que uma lei complementar não teve o quorum exigido pela Constituição poderia ser mantida válida, desde que retornasse ao legislativo para obter o quorum necessário. Em matérias que envolvem violação formal, mais especificamente, violação do processo legislativo, não há espaço para a aplicação da técnica da interpretação conforme.

Em conclusão, pelas longas razões acima expostas, creio não ser possível ao Presidente da República denunciar tratados sem o consentimento do Congresso Nacional. Por essa razão, divirjo do relator e vou além para julgar inconstitucional, no todo, o Decreto 2100/1996.

Em virtude de a denúncia já estar produzindo efeitos no plano internacional creio ser importante explicitar duas conseqüências advindas da declaração de inconstitucionalidade.

Primeira: a declaração de inconstitucionalidade somente terá o efeito de tornar o ato de denúncia não-obrigatório no Brasil, por falta de publicidade. Como conseqüência, o Decreto que internalizou a Convenção 158 da OIT no Brasil continua em vigor. Caso o Presidente da República deseje que a denúncia produza efeitos também internamente, terá de pedir a autorização do Congresso Nacional e, somente então, promulgar novo decreto dando publicidade da denúncia já efetuada no plano internacional.

Segunda: a declaração de inconstitucionalidade somente atinge o decreto que deu a conhecer a denúncia.

Nada impede que o Presidente da República ratifique novamente a Convenção 158 da OIT. A possibilidade de re-ratificação de tratados é concreta, já tendo, inclusive, acontecido no Brasil com a Convenção 81, da OIT, cuja denúncia se tornou pública pelo Decreto 68.796/1971, mas foi novamente ratificada e incorporada ao nosso sistema por força do Decreto nº 95.461/1987, que revigorou o Decreto 41.721/1957, que originalmente incorporava ao direito nacional a dita Convenção.

É como voto. (grifos originais)¹⁵⁸

Essa mesma posição foi seguida pela Ministra Rosa Weber, para quem a denúncia unilateral “é incompatível com o equilíbrio necessário à preservação da independência e da harmonia entre os Poderes”.¹⁵⁹

Na sequência, seguiu-se voto-vista do Ministro Teori Zavascki, falecido no início do ano de 2017, pelo indeferimento do pedido de declaração de inconstitucionalidade, após o que

¹⁵⁸ Idem.

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, ADI 1625/2003, sessão de julgamento retomada em 11/11/2015. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=303837

pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli, sendo este o último movimento do processo no âmbito do STF.¹⁶⁰

Cabe aqui o registro de que a posição contrária à denúncia presidencial unilateral de norma internacional guarda coerência com antiga posição do Supremo Tribunal, no sentido de considerar a incorporação de convenções internacionais ao ordenamento jurídico ato complexo, a exigir a participação dos Poderes Legislativo e Executivo. É o que retrata a seguinte decisão:

[...] É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O *iter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado – conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes.¹⁶¹

Como se pode extrair de todas essas questões abordadas, bem assim da demora para conclusão do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.625/1997, não se trata de matéria de fácil e pacífica solução. Nesse aspecto, portanto, a expectativa é de que não seja breve a finalização desse processo, de modo que, ao menos por esse ângulo, a ausência de efetividade da proteção do emprego, conforme preconizada no art. 7º, inciso I da Constituição Federal, deve prolongar-se no sistema jurídico brasileiro por mais algum tempo.

É pertinente, também por isso, a advertência de Luciano Martinez, no sentido de que "a regulamentação desse dispositivo pelo Congresso Nacional evitaria a discussão sobre a exigibilidade da analisada convenção internacional."¹⁶² Sobre essa possibilidade, no momento

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1675413>

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal Pleno, ADI-MC 1.480/DF, Rel. Min Celso de Mello, j. 04.09.1997, DJ 18.05.2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBD.asp?item=167>.

¹⁶² MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 648.

a perspectiva é de que possa ser concluído o Projeto de Lei Complementar nº 517/2015, que como dito propõe a elevação da multa rescisória de 40% para 60% do FGTS, além de acrescer indenização proporcional ao tempo de serviço, em hipótese de dispensa imotivada.

Como adiantado, uma segunda temática a ser explorada no tocante à Convenção 158 da OIT diz com sua natureza, caso venha a ser internalizada no ordenamento. Este o objeto do subitem 1.2, na sequência.

1.2. A natureza jurídica da norma internacional, após inserção no ordenamento jurídico interno

Aqui, a questão a ser analisada refere-se à forma pela qual essa norma internacional deve ser internalizada na ordem jurídica interna, o que evidentemente está condicionado à conclusão do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.625/1997, discutida no item precedente. Não se trata, cabe o registro, de mera especulação acadêmica. Como visto, dentre os votos já colhidos no âmbito do STF, há maioria no sentido de considerar-se inválida a denúncia unilateral da Convenção 158 da OIT, de modo que há real perspectiva de que a Corte Suprema torne sem efeito a desistência daquela norma internacional.

Assim, considerando-se que a proposição da presente dissertação é abordar as diversas possibilidades de tornar efetiva a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, é impositiva a análise da possível forma de inserção daquela norma internacional, bem assim de suas consequências em relação à matéria objeto deste estudo. Basicamente, portanto, a questão central a ser estudada e definida é a de como deve ser reconhecido o direito dos trabalhadores empregados brasileiros à proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, após eventual inserção da Convenção 158 na ordem interna, considerando-se as pertinentes disposições constitucionais a envolver a questão: se como direitos humanos, a ensejar sua inserção com hierarquia supralegal, ou de emenda constitucional (conforme interpretações do STF ao disposto no § 3º do art. 5º), ou, em caso contrário, como lei ordinária.

Conforme Luiz Eduardo Gunther, "a Convenção da OIT equivale a um Tratado

Internacional. Assim sendo, para sua internalização, os requisitos são os mesmos".¹⁶³ Ainda conforme o autor, esses requisitos podem ser divididos em quatro fases distintas:

(1) a primeira, de negociação, onde são discutidas condições e termos do tratado a ser celebrado, o que no Brasil fica sob incumbência do Ministério das Relações Exteriores;

(2) a segunda correspondente à assinatura do tratado, que compete privativamente ao Presidente da República, conforme inciso VIII do art. 84 da Constituição Federal (podendo haver indicação de um denominado plenipotenciário);

(3) a terceira, que corresponde ao referendo do Congresso Nacional, previsto no inciso I, do art. 49 da Constituição (devendo haver aprovação do projeto por decreto legislativo e promulgação pelo Presidente do Senado Federal, com subsequente publicação no Diário Oficial da União) e, por fim;

(4) uma quarta, a de ratificação e promulgação, por meio de decreto executivo, pelo Presidente da República, o qual, após publicado, encerra o processo de internalização da Convenção no ordenamento jurídico nacional como lei ordinária federal.

A bem da verdade, uma interpretação mais lógica do § 2º do art. 5º da Constituição parece apontar para outra conclusão, já que, tratando dos direitos e garantias fundamentais escritos no texto constitucional, diz que estes “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que nosso país seja parte”. Ao que parece, portanto, a intenção do legislador constituinte foi equiparar direitos e garantias fundamentais previstos em tratados internacionais firmados pelo Brasil àqueles já previstos na própria Constituição. Daí porque essas normas internacionais deveriam ser internalizadas com *status* de norma constitucional. Nesse sentido, entre outros, Luiz Eduardo Gunther.¹⁶⁴

Nada obstante, em 2001, o Supremo Tribunal Federal, a propósito dessa questão, em voto do Ministro Celso de Mello, decidiu de forma diversa, considerando que a Convenção 158 da OIT, no período em que esteve incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, tinha

¹⁶³ GUNTHER, Luiz Eduardo. A Convenção número 158 da OIT no Brasil: uma polêmica ainda não resolvida. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região: Vol. 5, n. 48, p 7-34, mar. 2016.

¹⁶⁴ GUNTHER, Luiz Eduardo. A OIT e o Direito do Trabalho no Brasil. Editora Juruá. Curitiba: 2011, p. 71. Conforme o autor: “Os direitos e garantias expressos na Constituição de República Federativa do Brasil, de 1988, ‘não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o nosso país seja parte’ (art. 5º, § 2º). Por esse enunciado, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, internalizados no Brasil, teriam que passar a valer como norma constitucional.”.

natureza jurídica de lei ordinária, de modo que não poderia servir de complementação ao inciso I do art. 7º da Constituição, que em seu texto exigia, para tanto, lei complementar. Eis a transcrição de trecho dessa decisão:

PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR. O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio *pacta sunt servanda*, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil – ou ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno.¹⁶⁵

Ocorre que essa decisão – como dito, de 2001 – é anterior à edição da Emenda Constitucional 45, de 2004, que criou o § 3º no art. 5º da Constituição Federal, passando a considerar equivalentes às emendas constitucionais “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos respectivos membros”.

Segundo decisão paradigmática do STF, de 2008, já considerando, portanto, a nova disciplina constitucional decorrente do novo § 3º do art. 5º da Constituição, os tratados e convenções internacionais versando sobre direitos humanos devem ingressar no ordenamento jurídico brasileiro num “patamar supralegal (acima das leis ordinárias e complementares)”. Já na hipótese de não versarem sobre direitos humanos “ingressam no ordenamento jurídico pátrio na condição hierárquica equivalente à das leis ordinárias”¹⁶⁶. Portanto, apenas devem

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.480 MC, Relator: CELSO DE MELLO, Julgamento em 04/09/1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBD.asp?item=167>.

¹⁶⁶ DELGADO, Gabriela Neves. Direitos humanos dos trabalhadores: perspectiva de análise a partir dos princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário. In DELGADO, Mauricio Godinho;

ser considerados no mesmo patamar da Emendas Constitucionais os tratados de direitos humanos que, no procedimento de internalização, tenham se sujeitado ao referido quórum qualificado estabelecido no § 3º do art. 5º da Constituição, e que é o mesmo quórum necessário para aprovação de emendas constitucionais.

Em síntese, portanto, três possibilidades se destacam:

(1) considerar-se a possibilidade de que a internalização da Convenção 158 da OIT resulte em norma equivalente a lei ordinária (na hipótese de que se considere não se tratar de norma sobre direitos humanos);

(2) que sua natureza jurídica venha a ser considerada de norma supralegal, em caso de ser tomada como norma que dispõe sobre direitos humanos, mas que não se submeteu ao quórum qualificado do § 3º do art. 5º da Carta Constitucional e, por último;

(3) que seja considerada norma de patamar constitucional, tendo em vista que quando de sua sujeição à aprovação do Congresso Nacional, em 1996, ainda não vigorava a exigência de quórum qualificado prevista, como já destacado, a partir de 2004, no referido § 3º do art. 5º da Constituição, instituído pela Emenda 45.

Nesse contexto, outra questão que se revela precedente e decisiva, portanto, diz com a definição da natureza dos direitos trabalhistas: se inseridos, ou não, no campo dos direitos humanos. Na verdade, no âmbito deste estudo, interessa especificamente se a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa pode ou não ser considerada questão de direitos humanos. Quanto a essa vinculação do Direito do Trabalho ao campo dos direitos humanos, Souto Maior destaca que o dado histórico aponta para esse reconhecimento, lembrando que na parte XIII do Tratado de Versalhes constam, dentre os principais aspectos a serem observados pelos países signatários – o Brasil inclusive –, diversas questões de natureza trabalhista, como “(a) direito de associação; (b) salário digno; (c) limitação do trabalho em oito horas diárias e 44 semanais; (d) descanso semanal remunerado; (e) eliminação do trabalho da criança; (f) não-discriminação”¹⁶⁷.

DELGADO, Gabriela Neves (Org.). *Direito do trabalho e seguridade social: direito do trabalho coletivo, administrativo, ambiental e internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção doutrinas essenciais; v. 3). (p. 1101-1118). p. 1116.

¹⁶⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Convenção 158 da OIT. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-

Ainda a esse respeito, o autor, nesse mesmo texto, relembra que as normas de proteção ao trabalho encontram-se escritas em quase todas as declarações internacionais de direitos humanos, no que se inclui a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Mas não só isso revela o caráter de direitos humanos dos direitos trabalhistas; há uma série de outros fatores, igualmente relevantes, a afastar qualquer questionamento a propósito desse caráter. Nesse ponto, é oportuna a transcrição de trecho do referido artigo de Souto Maior:

O direito do trabalho, portanto, sob um prisma internacional, é, inegavelmente, uma face importante, e até mais visível, dos direitos humanos e mesmo no direito interno isto não passou despercebido: o artigo 1º, da CF, consagrou como princípios fundamentais da República, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho; o artigo 3º preconizou como um dos objetivos fundamentais da República, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV); o artigo 170 estabeleceu que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e conforme os ditames da justiça social. Dê-se especial relevo, ainda, ao fato de que os artigos 7º e 8º, que trazem inúmeras normas de natureza trabalhista, estão inseridos no Título pertinente aos direitos e garantias fundamentais.

Assim, não pode haver dúvida de que quando um instrumento internacional, ratificado pelo Brasil, traz questão pertinente ao direito do trabalho, inserido, como visto, na órbita dos direitos humanos, que se deva aplicar tal instrumento, internamente, tomando-se seus dispositivos como normas constitucionais (§ 2º, do art. 5º, da CF), ou mesmo, supranacionais (artigo 4º, II, da CF).

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, permanece entendendo que os tratados ratificados integram-se ao ordenamento como lei infraconstitucional. Mas, não há enfrentamento expresso da questão a respeito de uma norma de tratado ratificado cuidar de matéria que seria pertinente, nos termos da Constituição, à lei complementar, como se dá na discussão que gravita em torno do presente caso da Convenção 158.

Mesmo que se adote o posicionamento de que o tratado integra o ordenamento como norma infraconstitucional, não há obstáculo para que se regule, por meio do tratado, matéria pertinente à lei complementar, especialmente, quando esta, após transcorridos longos anos, ainda não foi concluída, e, sobretudo, quando a lacuna deixada provoca, em concreto, a ineficácia de preceitos constitucionais consagrados como garantias fundamentais.

Além disso, importa verificar, com bastante relevo, que o próprio Supremo Tribunal Federal adota a posição doutrinária, encabeçada por Celso Ribeiro Bastos⁽¹²⁾, no sentido de não haver ordem hierárquica entre lei complementar e lei ordinária. Neste sentido: RE 146.733; RE 84.994-SP (RTJ 87/204); e ADIn 1-DF (RTJ 156/721)¹⁶⁸.

Também no sentido de que as disposições contidas na Convenção 158 da OIT referem-se a direitos humanos, o ex-Ministro do STF Joaquim Barbosa, que no corpo de seu voto-vista nos autos da já mencionada ADI 1625/2003, assim se pronunciou:

Não bastassem todas essas razões para reconhecer que quaisquer tratados somente

aplicável. Disponível em http://www.fiscosoft.com.br/main_artigos_index.php?PID=127875&printpage=.

¹⁶⁸ Idem

podem ser denunciados com a anuência prévia do Congresso Nacional, as circunstâncias do caso em concreto deixam mais evidente essa necessidade. Ressalto duas delas: (1) a forma com que o Congresso Nacional aprovou o texto da Convenção 158 da OIT, e, (2) o fato de a Convenção 158 da OIT versar sobre direitos humanos.¹⁶⁹

Como se extrai desses textos transcritos, há razões suficientes para que se considere a questão da proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, instituída no âmbito da Convenção 158 da OIT, como disciplina de direitos humanos, o que ensejaria, caso provido o pedido da Ação Direta n. 1.625/1997, sua internalização como norma supralegal ou como Emenda Constitucional, a depender do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, ao final do julgamento daquela ação direta referida.

Essa definição deverá levar em consideração o fato de a ratificação daquela Convenção ser bem anterior à edição do § 3º do art. 5º da Carta de 1988. Assim, vindo o STF a consagrar, como parece provável, o entendimento de que a Convenção 158 da OIT refere-se a norma de direitos humanos, restará definir se deverá ser considerada norma supralegal ou norma equivalente a emenda constitucional. A questão a ser enfrentada, nesse cenário, é se o fato de não existir norma constitucional expressa, na época de sua ratificação, sobre a natureza jurídica da norma externa após sua internalização afetará ou não seu reconhecimento como norma correspondente a uma norma constitucional.

O fato de já ter aquela norma entrado em vigor no Brasil, antes de ser denunciada, não parece constituir argumento lógico ou jurídico para que o STF venha a concluir, caso volte a vigor, que sua natureza jurídica deva ser de lei ordinária, como já decidiu antes, quando ainda não havia a disposição do § 3º do art. 5º da Constituição. É que, nesse caso, depois de tantos anos sem vigência, à espera de decisão do próprio Supremo Tribunal, parece impossível concluir que possa voltar a ter vigência com natureza jurídica diversa daquela estabelecida nesse novo dispositivo constitucional.

Em suma, portanto, deve a Convenção 158 da OIT, caso internalizada, ser tomada como norma supralegal ou como equivalente a emenda constitucional, pelas razões já expostas.

Ocorre que mesmo vindo a ser tomada por norma supralegal, terá posição superior às

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/adi1625JB.pdf>.

das leis ordinárias e complementares, de maneira que poderá, sem problemas, servir de complemento ao inciso I do art. 7º da Constituição brasileira, que faz menção a lei complementar, como dito hierarquicamente abaixo da convenção eventualmente internalizada – e isso sem considerar que no âmbito trabalhista deve prevalecer, como de hierarquia superior, a norma mais favorável ao trabalhador, o que constitui princípio do Direito do Trabalho consagrado não só entre nós, mas também no plano internacional.¹⁷⁰

Nesse contexto, outra questão que daí exsurge é a referente à concretização da proteção em si, isto é, como ficaria a disciplina jurídica com relação às dispensas operadas na hipótese de internalização da Convenção 158 da OIT e a efetividade da proteção constitucional contra despedida arbitrária ou sem justa causa.

É o que constitui o objeto do próximo subitem.

1.3. A operacionalidade da proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, em caso de internalização da proteção prevista na Convenção 158 da OIT

Parte-se, aqui, da hipótese de concretização da inserção da Convenção 158 da OIT no ordenamento brasileiro. Ou seja, a intenção é discutir as possibilidades jurídicas decorrentes da efetivação da proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa. Para tanto, impõe-se a análise das possíveis situações referentes à dispensa, pelo empregador: (1) sem motivação; (2) com motivação, mas sem justo motivo dado pelo empregado, como nos casos de motivação econômica ou financeira; (3) com justa causa dada pelo empregado e; (4) discriminatória, prevista na Lei 9029/1995.

Como já dito, ainda prevalece no Brasil – ante a falta de efetividade do inciso I do art. 7º da Carta Constitucional – o poder geral de dispensa do empregador sem justo motivo, ressalvadas as hipóteses legais de estabilidade no emprego, estudadas em itens precedentes. O entendimento prevalecente, portanto, é a de que nosso ordenamento não impõe qualquer empecilho jurídico à dispensa do empregado, remanescendo ao empregador apenas a

¹⁷⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A eficácia, vigência e denúncia do tratados internacionais e os direitos sociais. In SILVA NETO, Manoel Jorge (Coord.) Constituição e Trabalho. São Paulo, LTr, 1998. Conforme o autor: “É oportuno registrar que a ratificação e vigência no plano doméstico de uma Convenção da OIT não retiram a eficácia de ‘qualquer lei, sentença, costume ou acordo que garanta aos trabalhadores condições mais favoráveis’ (art. 19, p. 8º, da Constituição da OIT), vez que também no campo do Direito Internacional do Trabalho prevalecem os princípios da norma mais favorável e da condição mais benéfica em favor do trabalhador.”.

obrigação de pagamento de verbas rescisórias, o que se passa no plano de consequência pelo rompimento de um vínculo jurídico.

Há defensores dessa “liberdade” de dispensa, até aqui tomada como direito potestativo do empregador, defesa essa basicamente fundada no argumento de que sua eventual restrição ensejaria dificuldades na condução dos negócios no âmbito empresarial, além de tensões entre empregados e empregadores. Outro fundamento doutrinário frequentemente utilizado para embasar o argumento contrário à estabilidade no emprego é o da liberdade de contratação, supostamente violada pela intervenção do Estado por meio de regulação legislativa das relações de trabalho e, mais especificamente, das relações de emprego. Nessa linha, Richard Posner defende que “os indivíduos não possuem direitos ‘naturais’ de celebrar contratos. O estado natural dos seres humanos não é de igualdade, mas de dependência em relação aos mais poderosos. A liberdade econômica, incluindo-se a liberdade de celebrar contratos, no sentido liberal clássico, é um dos luxos que a organização social permite”¹⁷¹. Mais adiante, no mesmo capítulo da obra referida, o autor procura reforçar a tese de que o emprego sem garantias encontra-se diretamente vinculado à ideia de liberdade, no sentido de ser uma consequência desta última.¹⁷²

Com base nessa premissa, acrescenta a seus fundamentos que “o direito de propriedade, além disso, pressupõe o de alienação”. Nesse sentido, argumenta que o trabalhador, em razão de possuir sua força de trabalho, deve ter o direito de “alugá-la sob quaisquer condições que considere satisfatórias”¹⁷³. E conclui seu raciocínio, em contraposição às ideias de Drucila Cornell (contrárias ao emprego sem garantias e a quem o autor se propõe a criticar), dizendo “que o empregado sem garantias tende a ser mais bem remunerado do que seria se tivesse carteira assinada ou algum tipo de contrato empregatício, incluindo-se a proteção da ‘causa racional’ [motivação para dispensa] proposta por Cornell.”¹⁷⁴

Cabe aqui o registro de que o texto de Posner – que é o capítulo 13 de seu livro “Para Além do Direito” – discorre sobre a garantia (ou não) de emprego nos Estados Unidos, país

¹⁷¹ POSNER, Richard A. Para além do direito. Tradução Evandro Ferreira e Silva. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 318.

¹⁷² Nas palavras do autor: “O emprego sem garantias é um corolário da liberdade de celebrar contratos, a qual, por sua vez, conta com uma série de justificativas econômicas e sociais, embora a natureza não seja uma destas”.

¹⁷³ Idem, p. 318.

¹⁷⁴ Idem, p. 321.

com realidades social e econômica bastante diversas das brasileiras. E também cabe registrar que, a despeito da maior liberdade de mercado lá vivenciada, a preocupação com a proteção ao emprego, especificamente no tocante à questão da estabilidade, também acontece no mercado americano, como de resto menciona o próprio texto de Posner: “A verdade é que, nos Estados Unidos, milhões de trabalhadores têm estabilidade no emprego.”¹⁷⁵

E também o fato de o texto consistir em crítica, como já dito, ao trabalho de Drucila Cornell, que justamente propõe a proibição do “emprego sem garantias”, condicionando a dispensa do trabalhador a uma “causa racional”, parece suficiente a expor a existência de razões a justificar a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa também no mercado americano.

Feita essa necessária ponderação, retoma-se, aqui, a questão central do presente tópico, a propósito de como deve ficar, juridicamente, a questão da dispensa após a efetivação da garantia prevista no inciso I, do art. 7º da Constituição Federal. A propósito dessa questão Jorge Luiz Souto Maior defende a imediata aplicabilidade dessa norma constitucional sob estudo, partindo da premissa de que a Constituição, ao fazer menção à despedida arbitrária ou sem justa causa, teria criado uma nova modalidade de despedida. Trata-se, a seu ver, da despedida arbitrária, que justamente em função dos termos utilizados no inciso I do art. 7º, não deve ser confundida com a despedida sem justa causa. Como já dito antes, há doutrinadores, como Maurício Godinho Delgado, que tomam essas expressões como idênticas, mas não há como negar, ao menos sob um primeiro olhar – gramatical – que é plenamente plausível o entendimento de que, em razão do uso de duas terminologias diversas, tratem-se de conceitos distintos, como defende Souto Maior.

Fixado esse pressuposto, desenvolve seu raciocínio no sentido da aplicabilidade imediata da vedação à despedida arbitrária, para ele, como dito, uma nova figura criada pela Constituição Federal. Assim é que, em decorrência dessa distinção, surge a necessidade de que o ato de dispensa, quando não embasado nos motivos que a lei considera como de justa causa (previstos no art. 482 da CLT), esteja fundado em algum motivo, sob pena de caracterização dessa figura constitucional da despedida arbitrária. Nesse contexto, também distintas seriam as consequências jurídicas para as hipóteses de despedida arbitrária e

¹⁷⁵ Idem, p. 323.

despedida sem justa causa.

No caso de despedida sem justa causa, mas baseada em algum outro motivo (técnico, disciplinar, econômico ou financeiro) defende o autor a prevalência da indenização prevista no artigo 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, correspondente a 40% dos depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS realizados pelo empregador no curso do contrato, indenização esta em vigor até que venha a ser editada a lei complementar a que se refere o inciso I do art. 7º da Carta, e que deverá estabelecer novo parâmetro indenizatório para a hipótese de dispensa sem justa causa. Diversamente, a ausência de qualquer motivo para a despedida importaria, como já dito, a configuração da despedida arbitrária, resultando não em indenização, mas em integral restituição das partes ao estado anterior à prática daquele ato, isto é, ao estado anterior à dispensa, o que importa a conclusão de reintegração no emprego, com pagamento de todos os direitos do período de afastamento.

Diante disso, conclui Souto Maior que a Constituição e as normas infraconstitucionais consagram quatro tipos distintos de dispensa, cada qual, em razão mesmo dessa distinção, com consequências jurídicas diversas: “a) a imotivada (que ora se equipara à dispensa arbitrária); b) a motivada (mas, sem justa causa); c) a com justa causa (art. 482, da CLT); e d) a discriminatória (prevista na Lei n. 9.029/95)”¹⁷⁶

Portanto, a dispensa destituída de qualquer motivação corresponde à dispensa arbitrária, sendo vedada pelo inciso I do art. 7º da Constituição Federal. Para essa espécie de dispensa a consequência seria a possibilidade de restituição do trabalhador ao *status quo ante*, que na hipótese seria levada a efeito por meio de ordem judicial de reintegração no emprego. Explica Souto Maior que não se pode cogitar de aplicar à dispensa arbitrária o mesmo efeito destinado à dispensa sem justa causa, mas baseada em algum outro motivo, isto é, a ela não se deve conferir o efeito de determinar o pagamento da multa de 40% do FGTS, pois que se assim fosse, estar-se-ia a considerar tratar-se de conceitos idênticos. Nesse contexto, portanto, a distinção de relevo fica entre as figuras da dispensa sem justa causa dada pelo empregado e, ao mesmo tempo, sem apresentação de qualquer outro motivo que a justifique (quando será

¹⁷⁶ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Convenção 158 da OIT. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável. Disponível em http://www.fiscosoft.com.br/main_artigos_index.php?PID=127875&printpage=.

considerada arbitrária e ensejará a possibilidade de reintegração no emprego), e a despedida sem justa causa dada pelo empregado, mas com apresentação de alguma justificativa pelo empregador. Nesse último caso, a consequência jurídica seria aquela já prevista no inciso I do art. 10 do ADCT, ou seja, indenização correspondente a 40% dos depósitos realizados pelo empregador no curso do contrato, além das demais verbas rescisórias previstas na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Quanto às demais hipóteses de dispensa, isto é, com justa causa dada pelo empregado, pela prática de algum dos atos faltosos cominados no art. 482 da CLT, e a dispensa discriminatória prevista na Lei 9.029/1995, não haveria qualquer alteração, permanecendo as mesmas as consequências jurídicas pertinentes a cada caso. Esses parâmetros parecem conciliar duas das principais questões envolvidas nessa temática: a determinação constitucional de proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa (a principal delas, sem dúvida) e a viabilização prática de sua vigência com relação ao meio empresarial. Quanto a este último aspecto, é de se notar que a proposição do autor se coaduna com o senso de responsabilidade social que deve ter o empregador ao dispensar um trabalhador, o que parece ser marca principal dessa diretriz constitucional. Note-se que, nesse caso, se efetivamente houver algum motivo a justificar a dispensa, seja ele de ordem pessoal do próprio empregado (motivo técnico e/ou disciplinar), ou de ordem conjuntural (motivo econômico e/ou financeiro), não haverá alterações em relação ao padrão jurídico hoje vigente, isto é, não haverá consequências pecuniárias diversas daquelas atualmente em uso, consubstanciadas no pagamento das verbas rescisórias previstas na legislação trabalhista.

Por outro lado, apenas nas hipóteses em que a dispensa não for acompanhada de qualquer daquelas razões – hipótese em que de fato deve ser considerada arbitrária – poderá haver determinação judicial de reintegração. Nesse caso, essa medida teria justificação não só na questão da proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, mas também numa série de outras diretrizes claramente expostas na Constituição Federal, e que não podem ser ignoradas, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano.

Já no que diz respeito aos parâmetros jurídicos para que uma dispensa possa ser considerada motivada – ainda que sem justa causa dada pelo empregado –, impedindo, assim a configuração da despedida arbitrária, Souto Maior registra já existir no ordenamento, há muito, essa definição. Trata-se do disposto no art. 165 da CLT, que dispendo sobre a proteção

legal conferida aos membros de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes – CIPA estabelece considerar-se arbitrária a despedida “que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.” E no parágrafo único do artigo já se encontra estabelecida a possibilidade de reintegração do trabalhador no emprego, ficando inclusive estabelecido que o ônus processual da prova da ocorrência do motivo alegado para a dispensa será do empregador.

Souto Maior reconhece a existência de corrente contrária ao instituto da reintegração, citando antiga decisão do TST nesse sentido¹⁷⁷, e de outra, que limita o instituto às hipóteses de estabilidade definitiva (decenal), de estabilidade provisória, com essa previsão legal, e de estabilidades convencionais¹⁷⁸ (também objeto de interesse do presente estudo, em capítulo posterior). Reconhece também que nenhuma dessas correntes conclui no sentido da possibilidade de considerar a reintegração medida adequada em caso de dispensa arbitrária.¹⁷⁹

Rechaça essa posição argumentando que a proteção prevista no inciso I, do art. 7º da Constituição não se limita a estabelecer o pagamento de indenização, já que o dispositivo fala “dentre outros direitos”. Também por isso, defende viável a conclusão do cabimento da reintegração em hipótese de despedida arbitrária, inclusive com adoção analógica da regra do art. 496 da CLT, que prevê a possibilidade de o juiz do trabalho optar pela condenação do empregador em indenização, ao invés de reintegração, quando julgá-la desaconselhável, em função do grau de incompatibilidade decorrente do litígio. Lembra ainda esse autor que os arts. 495 e 496 da CLT, que tratam de questões de reintegração em casos de estabilidade, foram recepcionados pela atual ordem constitucional – até porque regular e frequentemente utilizados na Justiça do Trabalho –, e refletem a tradição jurídica brasileira no tocante à efetivação das regras de estabilidade no emprego previstas no ordenamento jurídico. E isso, alerta, indica ser a reintegração remédio jurídico adequado aos casos em que se discuta estabilidade. Nesse mesmo sentido, também menciona a previsão da Lei 9.029/1995, de reintegração (embora a lei aluda a readmissão) nas hipóteses nela previstas de dispensa

¹⁷⁷ "A estabilidade provisória é mera garantia de salários e não autoriza a reintegração." - TST RR 6869/88.3 - Ac. 4a. T. 2220/92, de 14/10/92 - Rel. Min. Marcelo Pimentel, "in" Revista LTr 57-04/495.

¹⁷⁸ Sússekind, Arnaldo, LTr 60-03/333 e Martins, Nei Frederico Cano, "Estabilidade provisória no emprego", São Paulo, LTr, 1995, pp. 29/35.

¹⁷⁹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Convenção 158 da OIT. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável. Disponível em http://www.fiscosoft.com.br/main_artigos_index.php?PID=127875&printpage=.

discriminatória.

Ainda a respeito da viabilidade da reintegração em caso de despedida arbitrária, invoca o autor a teoria geral do direito, no sentido de que a declaração de nulidade de um ato – nulidade essa decorrente da proibição constitucional ora sob estudo – deve ter como consequência a restituição das partes por ele afetadas ao estado anterior a sua prática (*status quo ante*), de modo que à reintegração caberia esse papel, restando à indenização um papel alternativo, justamente por não alcançar aquele desiderato, somente se justificando sua adoção ante a impossibilidade da reintegração.

Por outro lado, destaca o autor que o fato de ter a Constituição fixado, em caráter geral, o direito dos trabalhadores ao FGTS, não implica impossibilidade de adoção de estabilidade no emprego, porque se trata, também aqui, de previsão constitucional.

Deve-se, portanto, concluir que a Constituição estabeleceu “o princípio da progressividade das garantias ao trabalhador. Aliás, como já vem se firmando na jurisprudência, o FGTS não é óbice à aquisição de estabilidade pelo servidor concursado, cujo regime é o da CLT”.¹⁸⁰ Outro fator destacado pelo autor em favor da tese da viabilidade da reintegração, em caso de despedida arbitrária, é o fato de que uma indenização, em determinadas situações, pode ser mais traumática à empresa do que a reintegração. A propósito, ainda que se considere tratar-se de questão metajurídica, não há como negar os reflexos dessa discussão no plano prático, e que pode – e deve – também ser considerado quando da análise dos institutos do Direito. Nesse contexto, parece evidente que em épocas como a presente, de crise econômica, com retração das atividades industrial e comercial, a reintegração pode ser preferível ao pagamento de uma indenização, nem sempre de pequena monta.

Aliás, sobre essa questão do valor da indenização pela despedida arbitrária – considerando a hipótese de impossibilidade de reintegração –, Souto Maior defende a possibilidade de que haja arbitramento, pelo juiz do trabalho, com base no art. 186 do Código Civil, que estabelece a obrigação de indenizar àquele que causar dano. Argumenta, a respeito, que a Justiça do Trabalho tem competência para tanto, como de resto já vem ocorrendo com julgamento de questões envolvendo danos morais, que têm disciplina jurídica no Código

¹⁸⁰ Idem.

Civil, mas que podem ocorrer, na prática, em meio a uma relação de emprego, a atrair, com isso, a competência especializada da Justiça do Trabalho.

É verdadeira essa assertiva, de que o juiz do trabalho tem competência para apreciar questões que envolvem regras de Direito Civil, como nesse caso de julgamento de danos morais. Nada obstante, no tocante à questão da quantificação do valor da indenização decorrente de despedida arbitrária, parece solução mais coerente com o ordenamento jurídico-trabalhista a utilização de parâmetros há muito estipulados na CLT, e justamente para hipóteses de indenização decorrentes de dispensa de empregados estáveis. Assim, ainda que se considere que as disposições constantes do Capítulo VII da CLT, sobre estabilidade no emprego, tenham perdido espaço e aplicabilidade com a universalização do sistema do FGTS operada pela Constituição de 1988, não se pode negar que constituem um parâmetro viável para o estabelecimento de indenizações em casos de despedidas arbitrárias. Afinal, tanto aquelas antigas disposições da CLT, quanto a atual previsão de proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, estão a tratar de um tema comum: a estabilidade no emprego. Não se está aqui a ignorar as diferenças entre as situações ensejadoras da estabilidade na CLT e na Constituição, que certamente são muito nítidas. O que se está a colocar é que, ante a inexistência, ainda, de norma complementar com previsão específica para a hipótese tratada na Constituição, parece mais plausível a utilização analógica de normas trabalhistas referentes a outras hipóteses de estabilidade que o uso das regras do Código Civil, que por razões que não interessam a este estudo conferem larga margem de discricionariedade ao juiz quando da necessidade de estipulação de valores para casos de indenização.

Como quer que seja, esta é outra questão a apontar para a necessidade de edição da legislação complementar prevista no inciso I do art. 7º da Constituição Federal.

CAPÍTULO IV - DISPENSA COLETIVA

A preocupação com o fenômeno das despedidas em massa, evidentemente justificável, há muito vem sendo alvo de tentativas de solução – ou ao menos de minimização – nos meios jurídico e governamental. Quanto a este último, ainda antes da entrada em vigor da atual Constituição, o Ministério do Trabalho já houvera emitido a Portaria 3218/1987, determinando a seus órgãos regionais de fiscalização a adoção de “todas as providências

necessárias ao acompanhamento das demissões de trabalhadores, decorrentes da conjuntura econômica”. Mais que isso, estatuiu que esses órgãos procurassem solução para o problema inclusive por meio de redução de jornada, como previsto na Lei 4923/1965, antecipação de férias ou concessão de férias coletivas, dentre diversas outras medidas. Nada obstante, considerando-se a falta de imperatividade das Portarias Ministeriais, essa medida não constituiu forma minimamente eficiente de solução da questão¹⁸¹.

De logo, convém que se diga que a Constituição Federal, ao estipular a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, não fez distinção para as hipóteses de despedida em caráter individual ou coletivo. Não parece correta, portanto, a posição de Renato Rua de Almeida, no sentido de que a proteção contra a despedida sem justa causa estaria vinculada à despedida individual, ao passo que a proteção contra a despedida arbitrária, diversamente, estaria ligada à despedida coletiva, esta sim, a ser regulamentada por lei complementar.¹⁸² A princípio, portanto, é de se concluir que a proteção deve alcançar, indistintamente, uma e outra hipóteses, até porque o art. 7º da Constituição, no qual essa proteção figura no primeiro de uma série de 34 incisos, traz disposições protetivas tanto individuais, quanto coletivas. E há ainda que se considerar que mesmo quando dispõe sobre proteção do trabalhador considerado individualmente, acaba por refletir-se na coletividade profissional a que pertença. Essa dualidade de proteção a direitos individuais e coletivos constante do art. 7º da Constituição fica evidente, por exemplo, quando da proteção prevista nos incisos XVIII e XIX, que se referem, respectivamente, às licenças gestante e paternidade, situações que visam à proteção específica da empregada mãe e do empregado pai, não se estendendo a toda uma coletividade, ainda que em proporções reduzidas.

Por outro lado, no mesmo art. 7º há expressas alusões à possibilidade de alterações do padrão normativo mínimo ali estabelecido em relação a determinadas matérias, como por exemplo ao referir-se à possibilidade de relativização dos padrões ali estabelecidos no tocante à irredutibilidade de salários (inciso VI), duração máxima de trabalho (inciso XIII) e estabelecimento de turnos ininterruptos de revezamento com jornada de 6 horas (inciso XIV). E isso sem falar da também expressa determinação do inciso XXVI do art. 7º da Constituição

¹⁸¹ MANNRICH, Nélon. Dispensa coletiva. São Paulo: LTr, 2000.

¹⁸² ALMEIDA. Renato Rua de. O regime geral do Direito do Trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa. Estudo comparado entre a legislação brasileira e as legislações portuguesa, espanhola e francesa. Revista LTr. Legislação do Trabalho, v. 3/2007, p. 337.

Federal, de “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.” A jurisprudência brasileira também enxerga nesses dois tipos de despedida distinções suficientes a ponto de justificar tratamento jurídico diverso para os casos de despedida individual e coletiva. Exemplo disso é a situação da despedida coletiva de empregados da Embraer, ocorrida em 2009. Impugnada judicialmente, essa questão chegou ao TST, que fixou entendimento, para casos futuros, de que impossível a efetivação de dispensas em massa sem prévia tentativa de negociação coletiva com o(s) sindicato(s) que represente(m) as categorias profissionais existentes no âmbito da empresa.¹⁸³

Na verdade, do ponto de vista do direito positivo, o que existe é justamente a disposição constitucional do inciso I, do art. 7º da Carta de 1988, e que ora constitui o centro da presente dissertação. Como dito, nesse dispositivo não há qualquer distinção para as hipóteses de despedida individual ou coletiva, de modo que, para ambas as hipóteses, deveria incidir a proteção constitucional contra despedida arbitrária ou sem justa causa.

E isso, no âmbito da legislação infraconstitucional, passou a se inserir no ordenamento jurídico com a edição da recente Reforma Trabalhista (Lei 13.467, de 13/07/2017), que acrescentou à CLT o art. 477-A¹⁸⁴, equiparando, para todos os fins, as dispensas individuais, plúrimas e coletivas, declarando a desnecessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de norma coletiva autônoma para sua efetivação.

No âmbito processual, após aquela mencionada decisão do TST, a Embraer ajuizou Recurso Extraordinário, de modo a deslocar a questão para a apreciação do STF, tendo o seguimento desse recurso sido denegado pelo próprio TST, o que rendeu ensejo ao ajuizamento de Agravo, inicialmente acolhido pelo STF, com reconhecimento de repercussão geral, mas ainda pendente de decisão final pela Suprema Corte. Esse estágio processual está retratado no *site* do STF, conforme abaixo transcrito:

Necessidade de negociação para demissão em massa tem repercussão geral reconhecida

¹⁸³ À época dessa decisão, ainda não havia sido promulgada a Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), que acrescentou disposição à CLT no sentido da desnecessidade de prévia negociação coletiva em casos de dispensas em massa.

¹⁸⁴ Art. 477-A. As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral na matéria constitucional tratada num Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 647651) no qual se questiona entendimento do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que determinou a exigência de negociação coletiva para que uma empresa possa promover a demissão em massa de empregados.

O caso examinado diz respeito à demissão, em fevereiro de 2009, de cerca de 4.200 trabalhadores pela Empresa Brasileira de Aeronáutica S/A (Embraer) e pela Eleb Equipamentos Ltda. Ao julgar recurso ordinário no dissídio coletivo interposto pelo Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região contra as empresas, a Seção Especializada em Dissídios Coletivos do TST entendeu que a dispensa coletiva, diferentemente da individual, exigiria a aplicação de normas específicas.

O fundamento foi o de que, no âmbito de direito coletivo do trabalho, esse tipo de dispensa não constitui poder potestativo do empregador e exige, portanto, a participação do sindicato dos trabalhadores, a fim de representá-los e defender seus interesses. No caso de a negociação se mostrar inviável, caberia a instauração de dissídio coletivo.

No recurso ao STF, a Embraer e a Eleb Equipamentos Ltda. alegam que a decisão violou diversos dispositivos constitucionais e que o TST, ao criar condições para a dispensa em massa, estaria atribuindo ao poder normativo da Justiça do Trabalho tarefa que a Constituição reserva a lei complementar, invadindo assim a esfera da competência do Poder Legislativo. As empresas afirmam que sua sobrevivência estaria ameaçada pela interferência indevida no seu poder de gestão, aspecto que viola o princípio da livre iniciativa.

Como o TST inadmitiu a remessa do Recurso Extraordinário (RE) ao Supremo, as empresas interpuseram agravo, provido pelo relator, ministro Marco Aurélio, para dar prosseguimento ao RE. Ao submeter o processo ao Plenário Virtual do STF, para verificar a ocorrência de repercussão geral no caso, o ministro Marco Aurélio observou estar-se diante de situação jurídica “capaz de repetir-se em um sem número de casos”. Para ele, é “evidente o envolvimento de tema de índole maior, constitucional”.

O mérito do recurso será analisado posteriormente, pelo Plenário da Corte.¹⁸⁵

Algumas dessas questões merecem reflexão mais apurada, o que se faz no item subsequente.

1. Repercussão geral e distinções entre despedida coletiva e individual

Uma primeira questão que se apresenta relevante é a do reconhecimento da repercussão geral sobre essa matéria, dada a real possibilidade, levantada pelo Ministro Marco Aurélio Mello, de que venha a repetir-se em outros casos, e com razoável frequência. Especialmente em tempos de crise econômica, a chamada reestruturação administrativa tem na despedida coletiva um de seus traços mais característicos, dado o argumento, já comum, de

¹⁸⁵ Notícias do STF, de 02/04/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=234798>

que o trabalhador no Brasil é muito dispendioso.

Mas é preciso, antes de mais nada, estabelecer a distinção entre despedida coletiva e despedida plúrima. A respeito, é referencial antigo estudo de Orlando Gomes, que explica que na despedida coletiva não há um destinatário específico, consistindo na dispensa de um grupo apenas identificável por traços comuns, mas não pessoais. Assim, por exemplo, quando da dispensa de todos os empregados de determinada seção, ou com determinada qualificação profissional, ou com determinado tempo de serviço. Não há, portanto, influência de características exclusivamente individuais, como de comportamento, por exemplo. Também não há intuito de substituição de empregados, tratando-se, de fato, de questão vinculada a necessidades de diminuição de quadro, seja por desnecessidade de determinados serviços, seja pela impossibilidade de a empresa mantê-los, por questões essencialmente econômicas.¹⁸⁶

Por outro lado, no que toca à dispensa plúrima, o autor esclarece que, nesse caso, a despeito de tratar-se de dispensa de vários trabalhadores, ao mesmo tempo, importa a conduta individual de cada um deles. Exemplifica com a despedida de um grupo de trabalhadores de uma mesma seção da empresa, por questão de insubordinação. De consequência, por não se estar pretendendo o enxugamento do quadro de pessoal, deverá haver a reposição desses empregados despedidos por outros.¹⁸⁷

Quanto à exigência constante da decisão do TST de que a despedida coletiva deve ser precedida de negociação coletiva, é de se ponderar que, à época em prolatada, a lei posta não a exigia. Também não a proibia, é verdade. Mas em seara de direito privado, a princípio deve prevalecer a máxima de que o que a lei não proíbe, resta permitido. Note-se que nem mesmo a particular dinâmica do Direito Coletivo do Trabalho autoriza a conclusão de que despedidas coletivas devam ser antecedidas de prévia negociação coletiva. E isso, como já dito, recentemente foi corroborado com a edição da Lei 13.467/2017, já referida, que acresceu à CLT o art. 477-A declarando, expressamente, desnecessária autorização em acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho para a efetivação de dispensas coletivas.

Na verdade, deve se ter claro que o Direito Coletivo do Trabalho é uma opção que o sistema jurídico oferece aos empregados e aos empregadores para a normatização de

¹⁸⁶ GOMES, Orlando. *Dispensa coletiva na reestruturação da empresa (aspectos jurídicos do desemprego tecnológico)*. Ltr, 38/577, 1974.

¹⁸⁷ Idem.

condições de trabalho restritas às peculiaridades de determinada categoria, em um determinado momento. Trata-se, portanto, de permitir a patrões e empregados o ajuste de normas temporárias, a vigorarem para as respectivas categorias representadas (no caso dos trabalhadores, já que os empregadores podem ou não estar representados por sindicatos), de acordo com as possibilidades e restrições de mercado, num dado momento. É o que Maurício Godinho Delgado convencionou chamar de “princípio da adequação setorial negociada”. O próprio autor informa ter sido ele o precursor dessa denominação, reconhecendo ainda não universalizada no âmbito da doutrina.¹⁸⁸ Cuida-se, como a denominação sugere, de adequação normativa promovida em determinados setores da atividade econômica, por meio, necessariamente, de negociação coletiva. Ou seja: permite-se a empregados (necessariamente representados pelo sindicato representante da categoria, conforme exigência do inciso VI, do art. 6º da Constituição) que por meio de negociação coletiva busquem, junto a determinado(s) patrão(ões), diretamente, ou ao correspondente sindicato patronal, o estabelecimento de normas negociadas que terão vigência obrigatória para ambos, por um determinado período, não superior a dois anos, conforme § 3º do art. 614 da CLT.

Há um sem número de questões interessantes que decorrem dessa possibilidade, como os limites permitidos a essas normas privadas, considerando eventual contraponto com as normas estatais, ou quanto à possibilidade de relativização de padrões legislativos mínimos já estabelecidos pelo Estado, em proteção ao empregado, já que, sendo negociadas, as normas privadas devem também, ao menos em determinados pontos, trazer algum tipo de vantagem aos empregadores. Apesar da inegável importância dessas temáticas, deixam de ter maior aprofundamento no presente trabalho, em razão da delimitação do tema sob estudo.

Uma outra questão que também decorre do Direito Coletivo do Trabalho passa a ser abordada, na sequência: o condicionamento de negociação prévia para a despedida coletiva, conforme posição adotada pelo TST, já mencionada, e que passa a contrastar com o novo art. 477-A da CLT, inserido posteriormente no ordenamento jurídico pela Lei 13.467/2017.

¹⁸⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 12 ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 1341.

2. Despedida coletiva: negociação prévia ou incidência do inciso I do art. 7º da Constituição Federal?

Nesse contexto, tem-se que a prévia negociação coletiva em casos de despedidas em massa, como se deu com a dispensa de 4200 empregados da Embraer em 2009, pode ser validamente estabelecida em sede de acordo coletivo de trabalho, ou de convenção coletiva de trabalho. Mas não há, por certo, uma imposição legal nesse sentido. Como já adiantado, a possibilidade de normatização coletiva pelas próprias partes envolvidas na relação de emprego não é mais que isso: uma possibilidade.

Note-se: até mesmo a criação de sindicatos de trabalhadores – indispensáveis para a formulação dessas normas coletivas – é uma faculdade dos empregados, que se não os criam, continuam regidos pela legislação trabalhista geral, basicamente concentrada na CLT. Assim, se até mesmo a criação de sindicatos é facultativa, como exigir-se que a despedida coletiva seja condicionada à negociação coletiva prévia?¹⁸⁹ O que dizer, por exemplo, na hipótese de despedida coletiva em empresa na qual os trabalhadores não tenham representação sindical? Como se vê, parece bastante mais plausível que essa questão concreta seja analisada e resolvida por meio da aplicação da disposição constitucional que veda a despedida arbitrária ou sem justa causa, e que ora se estuda.

É dizer: mesmo em caso de despedida coletiva, a melhor solução parece a utilização do quanto já previsto no inciso I, do art. 7º da Constituição, que como dito não particulariza a proteção, e nem a restringe às hipóteses de despedida individual. De todo modo, já se disse, não há proibição legal a que se estabeleça prévia negociação coletiva a fim de se evitar despedidas em massa, ou ao menos minimizar seus efeitos danosos. A medida é positiva, apenas não se pode deixar de reconhecer que do ponto de vista do direito positivo é a disposição do art. 7º, inciso I da Constituição, que lhe dá fundamento jurídico.¹⁹⁰

Também cabe notar, com base na explicação de Orlando Gomes, há pouco referida,

¹⁸⁹ Um adendo se impõe: negociação coletiva, no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho é restrita à figura do sindicato profissional, de um lado, e a um (ou mais de um) empregador, ou ao sindicato patronal, de outro. Nesse sentido a análise da questão.

¹⁹⁰ Há que se aguardar, portanto, a posição da jurisprudência sobre a (in)constitucionalidade da cominação do novo art. 477-A da CLT, de que desnecessária prévia negociação coletiva para a efetivação de dispensas coletivas.

que em se tratando, de fato, de despedida coletiva, tendente ao enxugamento do quadro de pessoal em razão de adequação às necessidades da empresa – seja pela superveniente desnecessidade de algum tipo de serviço, já obsoleto, seja pela falta de condições da empresa em manter determinado tipo de profissional (motivo econômico) – o que daí se extrai é que a despedida não estará sendo arbitrária. Há, nessa hipótese, um motivo justificador.

Assim, tomando por norte a já referida doutrina de Jorge Luiz Souto Maior, na verdade esse tipo de dispensa configura despedida sem justa causa, porém não arbitrária. A consequência jurídica daí decorrente, segundo o autor, deve ser o pagamento da indenização prevista no inciso I, do art. 10 do ADCT, isto é, a multa de 40% dos depósitos de FGTS realizados pelo empregador no período de contrato¹⁹¹. Ainda com base em Orlando Gomes, caso a despedida coletiva viesse a ser considerada, em juízo, como despedida plúrima, sem comprovação de qualquer dos motivos eventualmente alegados, a hipótese passaria a ser de despedida individual plúrima, e nesse caso arbitrária, ficando assim passível de ordem de reintegração, conforme, agora, a doutrina de Jorge Luiz Souto Maior.¹⁹²

3. Os reflexos sociais da despedida coletiva justificam tratamento jurídico diferenciado em relação às despedidas individuais?

Outra questão que se põe à frente quando da discussão sobre o instituto das despedidas coletivas é seu impacto no meio social local, certamente mais grave que o observado em casos de despedidas individuais, embora também preocupantes estes últimos casos. Maurício Godinho Delgado destaca os efeitos externos desse tipo de dispensa em massa, a afetar toda uma coletividade, e não apenas a esfera individual de um determinado trabalhador dispensado.¹⁹³ Além disso, destaca também uma série de disposições constitucionais que considera afrontadas em caso de despedidas em massa, como os princípios e regras que “subordinam o exercício da livre-iniciativa e da propriedade privada à sua função social (por

¹⁹¹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Convenção 158 da OIT. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável. Disponível em http://www.fiscosoft.com.br/main_artigos_index.php?PID=127875&printpage=.

¹⁹² Idem.

¹⁹³ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 12 ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 1176. Nas palavras do autor: “[...] enquanto a dispensa meramente individual tem parca possibilidade de provocar repercussões no âmbito externo à relação de emprego, a dispensa coletiva certamente deflagra efeitos no campo da comunidade mais ampla em que se situa a empresa ou o estabelecimento, provocando, em decorrência disso, forte impacto social.”.

exemplo, Preâmbulo Constitucional e diversos artigos da Constituição: art. 1º, IV; art. 3º, I, III e IV; art. 5º, XXII e XXIII; art. 7º, I; art. 170, Caput e incisos II, III, IV, VII, VIII e IX; art. 193”.

Essa preocupação com os impactos sociais de despedidas em massa evidentemente se justifica em razão dos transtornos que causam às comunidades onde ocorrem. Além disso, esses impactos negativos também podem ser apontados como fator a justificar a razoabilidade de previsão de prévia negociação em normas coletivas privadas (acordos coletivos de trabalho e convenções coletivas de trabalho), de modo a atenuá-los com a adoção de medidas tendentes à preservação dos empregos ou, quando não for isso possível, ao escalonamento das dispensas, de acordo com critérios pactuados entre as partes, de maneira a tentar-se o reequilíbrio da empresa em dificuldades. Nessa linha, recente decisão do Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro:

TAM LINHAS AÉREAS. DISPENSAS DECORRENTES DA NECESSIDADE DE REDUÇÃO DA FORÇA DE TRABALHO. CLÁUSULA 9ª DA CCT DOS AERONAUTAS. A Cláusula nona da Convenção Coletiva de Trabalho dos Aeronautas de 2011/2013 condicionava as dispensas em massa decorrentes da necessidade de redução da força de trabalho ao atendimento de certos critérios, estabelecendo, assim, uma ordem de preferência a ser observada para as demissões. Tal disposição não pode ser ignorada, sobretudo diante do reconhecimento dado às negociações coletivas, pelo artigo 7º, XXVI, da CRFB/88. Assim sendo, a dispensa realizada em desconformidade com o disposto na aludida norma é irregular, sendo correta decisão que determinou a reintegração do funcionário preterido.¹⁹⁴

E também se pode estabelecer esse tipo de previsão no âmbito das normas de origem estatal, isto é, nas sentenças normativas da Justiça do Trabalho, assim entendidas as decisões proferidas no âmbito dos dissídios coletivos do trabalho, e que impõem ao Judiciário Trabalhista a anômala função de criar normas jurídicas em substituição às partes, quando do fracasso das tratativas negociais entre sindicato dos trabalhadores e patrões, ou entre sindicatos profissional e patronal, desde que sobre essa questão tenha havido tentativa de negociação entre as partes. Parece evidente que as normas produzidas nesse âmbito do Direito Coletivo do Trabalho são mais adequadas e eficazes quando resultantes da negociação entre seus atores principais: empregados e empregadores.

¹⁹⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro. TRT-1 - RO: 00113632720135010017 RJ, Relatora: Des. Cláudia Regina Vianna Marques Barrozo, Data de Julgamento: 15/12/2015, Oitava Turma, Data de Publicação: 19/01/2016). Disponível em: <https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/299901840/recurso-ordinario-ro-113632720135010017-rj/inteiro-teor-299901889>.

Nada obstante, a falta de consenso pode deslocar a questão para a seara judicial, hipótese em que o Judiciário, como mencionado, terá como função a produção das normas que as partes não lograram produzir por falta de consenso, sendo restrita a atuação judicial às questões apresentadas pelas partes e objeto de tentativas frustradas de negociação. Qualquer pronunciamento da Justiça do Trabalho fora desses limites configura decisão *extra petita*. Daí que, tendo havido tentativa de inclusão de cláusula, no acordo coletivo de trabalho ou na convenção coletiva de trabalho, a propósito da exigência de prévia negociação coletiva para a validade de despedida em massa, poderá o Judiciário Trabalhista, em seara de dissídio coletivo, estabelecer tal exigência. Em caso contrário, não, dada a função supletiva da sentença normativa em relação à tentativa frustrada de acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho.

É emblemático, nessa seara, o caso da Embraer, no qual houve tentativas, em juízo, de conciliação e solução do problema, que basicamente consistia na despedida coletiva de 4200 empregados. Eis o teor da ementa do recurso ordinário no qual apreciada essa questão, relatado pelo Ministro Maurício Godinho Delgado:

RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. DISPENSAS TRABALHISTAS COLETIVAS. MATÉRIA DE DIREITO COLETIVO. IMPERATIVA INTERVENIÊNCIA SINDICAL. RESTRIÇÕES JURÍDICAS ÀS DISPENSAS COLETIVAS. ORDEM CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EXISTENTE DESDE 1988. A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes. A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o funcionamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas têm natureza massiva. O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea – sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada – é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é de maneira maciça e avassaladora, somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional como a de 1891, já há mais de um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a direitos humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontrastável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de

bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”. **DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS.** A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por se tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, *para casos futuros*, de que “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”, observados os fundamentos supra. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial.¹⁹⁵

Ainda a esse respeito, outra questão importante, também objeto de decisão do TST, diz respeito à exigência de prévia negociação coletiva quando da despedida coletiva em decorrência de fechamento da empresa. Mesmo nesse caso, posicionou-se a Corte Superior Trabalhista no sentido da exigência da prévia negociação, tendo à frente, mais uma vez, o argumento de necessidade de atenuação dos efeitos causados ao meio social com as despedidas em massa.

Em contraponto, argumentou a empresa com a ausência de culpa e com a impossibilidade de continuar operando, em razão da crise financeira que assola o setor automotivo, no qual opera, e que levou à perda de seu único cliente. A despeito desses argumentos, decidiu o TST pelo improvimento do recurso empresarial, mantendo a decisão de instância inferior que havia considerado imprescindível a negociação coletiva prévia. Nesse sentido, colhem-se, conforme abaixo transcritos, ementa e trecho da fundamentação da decisão daquele Tribunal superior:

RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELA SUSCITADA. ENCERRAMENTO DA EMPRESA. DEMISSÃO EM MASSA CARACTERIZADA. NECESSIDADE DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COLETIVA. 1. É incontroverso nos autos que a demissão de todo o universo de

¹⁹⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST-RODC-309/2009-000-15-00.4, Rel. Min. Maurício Godinho Delgado, julgado em 10/08/2009. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/consulta-unificada>.

empregados da Empresa, no total de 295 empregados, segundo apontado pelo Sindicato profissional, ocorreu em decorrência do encerramento das atividades da Suscitada. Revela-se de tal contexto a ilação de que a causa das dispensas é comum a todos os trabalhadores que se encontravam em atividade naquele momento e teve por escopo atender circunstância própria do empregador. A hipótese amolda-se perfeitamente à noção de demissão coletiva. 2. Segundo a jurisprudência da Seção de Dissídios Coletivos, a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores. À míngua de tal procedimento, são devidas, por consequência, indenização compensatória e manutenção do plano de assistência médica, conforme decidido pela Corte de Origem. Precedente. Excluído do comando condenatório, em outro capítulo, o pagamento de dano moral coletivo, por incabível à espécie. **Recurso a que se nega provimento.** (grifos originais)

FUNDAMENTOS

(...)

Superada, portanto, a premissa de que houve demissão coletiva, urge avançar para a questão relativa à prévia negociação coletiva.

Como já reiteradamente aventado, esta Seção de Dissídios Coletivos, no caso efetivamente paradigmático da EMBRAER, fixou a premissa segundo a qual a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores. Os fundamentos, para tanto, estão assentados na necessidade de mitigar os efeitos dessas demissões, de inegável impacto social. É o que se extrai do acórdão da lavra do Ministro Maurício Godinho Delgado, DEJT 4/9/2009, no seguinte trecho:

“É que a negociação coletiva ou a sentença normativa fixarão as condutas para o enfrentamento da crise econômica empresarial, atenuando o impacto da dispensa coletiva, com a adoção de certas medidas ao conjunto dos trabalhadores ou a uma parcela deles, seja pela adoção da suspensão do contrato de trabalho para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador (art. 476-a da CLT), seja pela criação de Programas de Demissão Voluntária (PDVs), seja pela observação de outras fórmulas atenuantes instituídas pelas partes coletivas negociadas.

Além disso, para os casos em que a dispensa seja inevitável, critérios de preferência social devem ser eleitos pela negociação coletiva, tais como a despedida dos mais jovens em benefício dos mais velhos, dos que não tenham encargos familiares em benefício dos que tenham, e assim sucessivamente. Evidentemente que os trabalhadores protegidos por garantias de emprego, tais como licença previdenciária, ou com debilidades físicas reconhecidas, portadores de necessidades especiais, gestantes, dirigentes sindicais e diretores eleitos de CIPAs, além de outros casos, se houver, deverão ser excluídos do rol dos passíveis de desligamento.

Nas dispensas massivas, a prática (costume trabalhista, art. 8o da CLT) tem criado os PDVs, PDIs e similares, os quais estabelecem valores indenizatórios pagos segundo o tempo de serviço, a manutenção, ainda que temporária, de certas vantagens adicionais criadas pela empresa (planos de saúde, por exemplo)."

Correta, nessa perspectiva, a posição adotada pela instância percorrida segundo a qual a notícia dada ao Sindicato profissional sobre a possibilidade de encerramento da atividade, caso não mantido o contrato de fornecimento, não alcança, por óbvio, os propósitos buscados com a negociação coletiva, ainda que de boa-fé se revele a conduta.¹⁹⁶

¹⁹⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. PROCESSO Nº TST-RO-6155-89.2014.5.15.0000. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=6155&digitoTst=89&anoTst=2014&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0000>

Como dito, a posição do Tribunal Superior do Trabalho é no sentido de considerar abusiva demissão em massa em qualquer situação, mesmo, como visto, quando decorra de encerramento das atividades da empresa, quando não tenha sido precedida de prévia negociação coletiva.

No caso específico desse dissídio coletivo, a postulação do sindicato era de que as demissões fossem suspensas, em caráter liminar, determinando-se a instauração de negociação coletiva e, em caso de frustração dessa, que fosse declarada a nulidade das demissões e a reintegração dos trabalhadores, ou, sucessivamente, pagamento de indenização compensatória.

O Tribunal Regional do Trabalho de Campinas/SP (15ª Região Trabalhista) declarou a abusividade da dispensa, mas deferiu apenas o pedido de compensação financeira de duas vezes o valor do aviso prévio e manutenção do plano de assistência médica por 12 meses para cada empregado, além das verbas rescisórias típicas das dispensas individuais e sem justa causa.

Conforme a relatora do recurso, Ministra Maria de Assis Calsing, não existe norma a definir o conceito de demissão coletiva ou mesmo critérios que balizem esse fenômeno, sob o aspecto causal, temporal e quantitativo das dispensas. Entendeu a ministra, por isso, que cabe à Justiça do Trabalho o estabelecimento daqueles parâmetros, buscando-se na legislação estrangeira, nas convenções e tratados internacionais um conceito passível de adequação à realidade brasileira.

Ainda de acordo com a relatora, a extinção da atividade econômica com a dispensa de todos os empregados afasta qualquer dúvida acerca da conformação da hipótese à dispensa coletiva, e quanto à imprescindibilidade da negociação, considerou que a empresa, ao perceber a iminência do encerramento de suas funções, "deveria ter, mediante negociação, buscado alternativas para diminuir o impacto das demissões coletivas, o que efetivamente não ocorreu".

Dessa decisão, portanto, o que se pode extrair é que a jurisprudência tende mesmo a dar tratamento jurídico diverso às hipóteses de dispensa individual e coletiva. O "impacto social" da despedida em massa, apontado na decisão do TST como um dos fatores a justificar a necessidade de prévia negociação coletiva para validação da dispensa coletiva não está previsto em qualquer regra positiva, muito embora seja certo que as decisões judiciais não

fiquem limitadas apenas às regras expressas, já que os princípios também podem justificá-las.

Sobre essa posição, duas questões principais merecem destaque.

Em primeiro lugar, o fato de que essa distinção entre dispensa individual e dispensa coletiva pode levar a conclusões equivocadas. Com efeito, note-se: o “impacto social” a que faz menção a Ministra Maria de Assis Calsing em sua decisão também ocorre nos casos de dispensas individuais, que remetem à Previdência Social os custos do desemprego involuntário. Apenas a título de ilustração, fala por si o atual número de desempregados [em setembro de 2016] no Brasil: 12 milhões de pessoas, correspondente a 11,8% do número oficial de trabalhadores oficialmente empregados no país, segundo dados do IBGE. Portanto, muito embora seja considerável o impacto social deletério das despedidas coletivas, não se pode permitir a ilusão de que sejam elas mais significativas que as dispensas individuais, já que estas, em números absolutos, constituem a imensa maioria dos casos de dispensa e consequente desemprego.

A outra consideração relevante sobre a jurisprudência do TST – e que de certo modo tem vinculação com essa questão abordada – é a tendência de considerar o procedimento prévio da negociação coletiva medida apta à solução desse tipo de conflito. Essa exigência, como se analisará em capítulo próprio, pode ser considerada como um sinal de avanço da jurisprudência, no sentido de harmonizar-se com o contexto constitucional de proteção ao emprego, e que tem no inciso I do art. 7º da Carta uma de suas mais expressivas garantias, ainda que não efetivada em sua plenitude.

Há de se convir que se a mais alta Corte Trabalhista exige, para efeito de validade de despedida coletiva, que patrão e empregados entabulem prévia negociação coletiva – de onde, em regra, derivam acordos e convenções coletivos –, o caminho para o estabelecimento de estabilidade no emprego por via dessas normas coletivas está aberto, ao menos, por enquanto, em relação à imposição de limitações para as despedidas coletivas.¹⁹⁷

Isso pode significar, igualmente, que a via da estabilidade pactuada por meio de

¹⁹⁷ Deve ser dito que a recente inserção do art. 477-A na CLT, operada com a edição da Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), acrescentou um componente importante a essa discussão, na medida que expressamente declara a desnecessidade de prévia negociação coletiva para a efetivação de dispensas coletivas. Nada obstante, porque a jurisprudência do TST, como já mencionado, baseia-se em argumentos constitucionais para posicionar-se em sentido contrário, é necessário aguardar-se pelo pronunciamento daquela corte superior a propósito dessa questão.

negociação coletiva do trabalho possa se tornar um meio frequente e viável de pactuação de outras formas de estabilidade, inclusive no plano individual, evidentemente limitando-se às categorias alcançadas pelas representações sindicais em negociação. Este o objeto do próximo capítulo.

CAPÍTULO V – POSSIBILIDADE E LIMITES DA ESTABILIDADE NO EMPREGO POR MEIO DE ACORDOS COLETIVOS DE TRABALHO E CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO

Como adiantado, uma das finalidades deste estudo é a análise da viabilidade de estipulação de estabilidade no emprego por via das normas trabalhistas autônomas, isto é, de acordos coletivos de trabalho e convenções coletivas de trabalho.

Mais exatamente, a possibilidade de estabilidades convencionais mais longas que aquelas já existentes, e que serão aqui mencionadas. Para tanto, emerge como premissa essencial um breve estudo sobre a necessidade de um sindicato mais atuante e com maior força negocial para a consecução daquela finalidade, o que implica discutir os sistemas da unicidade sindical (em vigor no Brasil) e da pluralidade sindical.

Não se trata de questão de pouca monta, já que o modelo unicista, além de há muito vigorar no Brasil, somente pode ser alterado por via de emenda constitucional, uma vez que se encontra previsto na Constituição da República¹⁹⁸.

E uma das questões mais centrais da discussão sobre reforma sindical diz respeito, justamente, à alteração desse modelo sindical brasileiro, que ao ver de muitos já deveria ter migrado para a pluralidade sindical. Ocorre que discutir essa alteração não é tarefa simples, visto que parte dos sindicatos brasileiros, com apoio de certo setor da doutrina, entende não haver necessidade de mudanças.

Por outro lado, há defensores de alterações significativas do modelo sindical, com o

¹⁹⁸ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Art. 8º, II, da CF/88: “é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

fim da unicidade e da contribuição sindical compulsória, além de mudanças na forma de enquadramento sindical, hoje feito por categoria.

Nesse momento, contudo, não há como saber se essas mudanças mencionadas virão; e mesmo que venham a acontecer, se realmente significarão avanços para o sindicalismo brasileiro, já que não há em curso projeto de emenda constitucional abolindo o regime unicista¹⁹⁹. É evidente, todavia, que nada impede – aliás, tudo recomenda – que sejam elaborados estudos, como o presente, onde se aborde a necessidade da alteração do modelo vigente.

No presente capítulo, portanto, tenciona-se estudar (1) as particularidades e os limites do Direito Coletivo do Trabalho, (2) o *modus operandi* do Direito Coletivo do Trabalho no Brasil, (3) os defeitos do sistema sindical brasileiro, com ênfase nas questões da unicidade e da pluralidade sindical e, por fim, (4) a possibilidade da instituição da proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa em acordos e convenções coletivos do trabalho

1. Particularidades e limites do Direito Coletivo do Trabalho

De início, é indispensável compreender que a proteção do trabalhador na relação de emprego é objeto central tanto do Direito Individual do Trabalho, como do Direito Coletivo do Trabalho, onde se insere a questão que, de momento, interessa ao estudo: a unicidade sindical.

No Direito Individual do Trabalho não há qualquer forma de intermediação entre a lei trabalhista produzida pelo Estado – heterônoma, portanto – e sua destinação: a relação de emprego, com o propósito de criar parâmetros mínimos a serem observados por patrões e empregados, mas com a finalidade de conferir proteção jurídica a este último, considerado a parte hipossuficiente daquela relação. A efetivação da proteção, portanto, resta condicionada apenas ao binômio lesão ao direito (no plano material) e encaminhamento do conflito à jurisdição (agora já no plano judicial), pela via oficial do processo. Nada de novo, assim, à

¹⁹⁹ A propósito de alterações no sistema sindical brasileiro, o que há de recente é o Projeto de Lei do Senado nº 385/2016, apresentado no mês de outubro de 2016 pelo Senador Sérgio Petecão, do PSD/AC, por meio do qual se restringe a contribuição sindical apenas aos trabalhadores filiados aos sindicatos, alterando o modelo atual, pelo qual todos os trabalhadores membros de determinada categoria devem contribuir, compulsoriamente, isto é, independentemente de filiação à instituição sindical.

dogmática tradicional, pois que as normas a incidir na relação de emprego são editadas pelo Poder Legislativo.

No Direito Coletivo do Trabalho, entretanto, a proteção se opera de forma diversa. O disciplinamento normativo da relação de emprego não é feito pela via tradicional da legislação estatal. Às próprias partes envolvidas na relação de emprego cabe essa função; ou seja, empregadores e empregados é que devem, consensualmente, estipular as regras que os vincularão durante certo tempo, previsto na lei trabalhista.²⁰⁰ Não há nesse ramo, com efeito, intervenção da atuação legiferante do Estado de forma direta. Nada obstante, cabe o registro de que, ao menos indiretamente, há proteção legal ao trabalhador.

Trata-se, aqui, da proteção destinada pela lei ao sindicato e a seus dirigentes. Aliás, mais precisamente, trata-se na verdade de proteção constitucional, estipulada no art. 8º da Constituição, que cuida de delinear a função do sindicato no sistema jurídico. No artigo referido estão consagrados os princípios da liberdade e da autonomia do sindicato, estes infensos, a princípio, contra qualquer tentativa de mudanças no sistema sindical. Como se percebe, o direito positivo cuida de proteger o sindicato contra intervenções do Estado, que já foram comuns em outros tempos. Nesse aspecto, a evolução da figura institucional do sindicato foi marcante, instituída de forma extremamente clara pelo inciso I do já referido art. 8º da Constituição Federal nos seguintes termos: "*I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato.*". Além disso, a Constituição também estatuiu a liberdade de associação e de desassociação²⁰¹ como elemento facilitador da criação de sindicatos.

Outra proteção extremamente importante ao sindicato é aquela prevista no inciso VIII, ainda do art. 8º da Carta Constitucional, pela qual se proíbe a dispensa do empregado sindicalizado desde o registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato. Cuida-se de mecanismo de proteção tendente a permitir que o dirigente sindical possa, livremente e sem receio de perder o emprego, buscar melhores condições para a categoria profissional que representa,

²⁰⁰ Conforme o § 3º do art. 614 da CLT, a duração máxima de acordos coletivos de trabalho e de convenções coletivas de trabalho não poderá ser superior a dois anos.

²⁰¹ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Art. 8º, inciso V. ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

como já debatido no item 1.3.1 do Capítulo II desta dissertação.

No sistema do Direito Coletivo do Trabalho, impõe-se que os trabalhadores de determinada categoria profissional sejam representados nas negociações coletivas, necessariamente, pelo sindicato, de maneira que a proteção ao hipossuficiente se consuma desse modo indireto, ou seja, protegendo-se seu representante. Mas note-se: para além dessa proteção à entidade que representa os trabalhadores nas tentativas de elaboração de acordos coletivos de trabalho e convenções coletivas de trabalho, a produção normativa que as partes alcançam com esses instrumentos não tem qualquer interferência do Estado. Ou seja, as cláusulas estipuladas no âmbito de acordos coletivos de trabalho – que têm como partes o sindicato dos trabalhadores e um ou mais patrões, diretamente –, bem como de convenções coletivas de trabalho, estipuladas entre sindicatos de trabalhadores e de empregadores, deverão refletir a livre vontade das partes coletivas, sem intermediação estatal.

Cabe aqui apenas o registro de que não é ilimitada a autonomia de vontade das partes na elaboração das normas trabalhistas referidas; há, como não poderia deixar de ser, alguma limitação material a esse poder normativo conferido pelo sistema jurídico ao Direito Coletivo do Trabalho.

Com efeito, determinadas questões não comportam flexibilização para aquém dos limites mínimos estipulados na lei do Estado. É o que se passa com as regras vinculadas ao valor do salário mínimo e às questões de segurança, medicina e higiene do trabalho, em relação às quais a jurisprudência trabalhista vem, sistematicamente, rejeitando tentativas de normatização autônoma em parâmetros inferiores àqueles constantes da legislação estatal, mesmo quando outros benefícios, em contrapartida, são oferecidos aos trabalhadores.

Na sequência, um maior detalhamento sobre a forma de concretização da proteção ao trabalhador no Direito Coletivo do Trabalho, o que se mostra imprescindível à compreensão dos defeitos e virtudes dos sistemas da unicidade e da pluralidade sindical, objeto do item posterior, bem como da análise da possibilidade de instituição da estabilidade em acordos e convenções coletivos de trabalho, a ser tratada logo adiante, no item 4.

2. O *modus operandi* da proteção no Direito Coletivo do Trabalho

Como se infere do quanto há pouco delineado, a principal função do Direito Coletivo do Trabalho no Brasil é a criação de regras regulatórias da relação de emprego diretamente

pelas partes interessadas (e afetadas), pela via única da negociação coletiva.

E não se deve confundir as figuras dos instrumentos normativos oriundos da negociação coletiva (acordos coletivos de trabalho e convenção coletiva de trabalho) com a ideia de contrato, ainda que ambos – instrumentos normativos e contratos – tenham em comum a origem no consenso das partes. Note-se: diferentemente dos contratos, os instrumentos normativos trabalhistas vinculam não só os que participam diretamente da pactuação. Assim é que também os trabalhadores não filiados aos sindicatos são alcançados por tais normas, exatamente da mesma forma que o são os filiados, de modo que, sob esse aspecto, as normas coletivas têm mais proximidade com a lei do que com os contratos, em virtude desse caráter de impessoalidade. Além disso, como a lei, os instrumentos coletivos regulam de forma abstrata as questões vinculadas às relações de emprego de todos os empregados da categoria, o que constitui ponto de distanciamento da noção de contrato, que como se sabe cuida de regular situações concretas.

Em suma, qualquer membro da categoria profissional representada pelo sindicato na negociação coletiva estará, necessariamente, submetido às disposições da norma coletiva produzida na negociação coletiva entabulada com o empregador diretamente (em caso de acordo coletivo de trabalho), ou com o sindicato patronal (em caso de convenção coletiva de trabalho), pouco importando, nesse caso, a condição de sindicalizado (ou não) do trabalhador.

Outro ponto ainda a aproximar as normas trabalhistas autônomas da noção de lei – afastando-se, portanto, da de contrato – é o fato de que trabalhadores que sejam contratados posteriormente à elaboração da norma coletiva, e que, evidentemente, não participaram de suas discussões, também estarão sujeitos às regras nela dispostas.

Por fim, a imperatividade dessas normas autônomas decorre de sua previsão no texto constitucional, tendo em vista tratar-se de direito fundamental dos trabalhadores, conforme inciso XXVI do art. 7º da Carta de 1988, que determina “o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”.²⁰²

Como já antes destacado, não há limites materiais prévios à normatização privada trabalhista, salvo questões vinculadas ao valor do salário mínimo, segurança, medicina e

²⁰² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

higiene do trabalho, em relação às quais a jurisprudência trabalhista vem considerando insuscetíveis de estipulação privada em padrões inferiores aos estipulados na legislação oficial. Assim, feita essa ressalva, qualquer matéria pode ser objeto de negociação coletiva no plano do Direito Coletivo do Trabalho.

É certo que em decorrência disso passa a ser comum a substituição de normas estatais por cláusulas de convenções ou acordos coletivos do trabalho, dada a possibilidade de que venham as partes coletivas a disciplinar de forma diversa questão já regulada por norma estatal. É que a possibilidade de regulação autônoma conferida pela Constituição não se limita ao disciplinamento de questões não reguladas pela legislação oficial, podendo, por isso, ocorrer de as partes traçarem novas regras para questões já constantes de normas oficiais. Além disso, também possível, *a priori*, a estipulação de mecanismos próprios de proteção ao emprego, inclusive estabilidades, questão de interesse da presente dissertação.

Nesse caso, deve prevalecer, em regra, a normatização autônoma, não só pela determinação constitucional, já mencionada, de reconhecimento dessas normas coletivas, mas também por se tratar de normas mais específicas, eis que elaboradas com vistas à regulação das categorias profissional e econômica envolvidas na negociação. Há, por certo, um ideal desse sistema de que a regulação, dada essa especificidade, tenda a ser mais eficiente que a legislação estatal, especialmente porque a lei trabalhista, por opção constitucional, tem origem no Legislativo Federal, de modo que alcança, indistintamente, trabalhadores das mais variadas regiões e realidades do país, o que termina por ocasionar distorções as mais diversas.

Não há como negar, contudo, que o Direito Coletivo do Trabalho parte de uma lógica liberal, eis afastar o Estado da regulação da relação de emprego. Nesse particular, mesmo considerando a necessária representação do trabalhador pelo sindicato na negociação coletiva, há que se considerar que as disposições contidas nas convenções e acordos coletivos de trabalho terão sido formalizadas sem a participação direta do poder estatal, em contraponto claro e inequívoco ao Direito Individual do Trabalho, que como se sabe teve sua origem, justamente, na necessidade de conter os excessos cometidos pelo capital no ambiente liberal da Revolução Industrial inglesa. Nesse contexto, é possível pensar-se na possibilidade de normas autônomas que reflitam apenas o interesse patronal, em detrimento da classe trabalhadora, o que, na prática, não constitui raridade. Essa circunstância advém da falta de legitimidade e de força política do sindicato representante dos trabalhadores.

Necessário, por isso, para um funcionamento adequado do sistema sindical, a adoção de mecanismos tendentes a incrementar a participação do trabalhador na vida da entidade sindical, o que pressupõe alterações no modelo vigente, que jamais alcançou níveis satisfatórios de filiação – e, portanto, de legitimidade e de representatividade. As falhas do sistema sindical atual e as possíveis alterações são o objeto do próximo item.

3. Os defeitos do sistema e as mudanças possíveis

Feita essa abordagem sobre a atual situação do Direito Coletivo do Trabalho no Brasil, interessa discutir-se em que pontos repousam as falhas que levam àquela referida situação de desinteresse do trabalhador pela vida sindical, a ponto de o índice médio de filiação de trabalhadores a seus sindicatos girar em torno de 10% do total de trabalhadores representados pelos sindicatos brasileiros²⁰³

Uma das questões apontadas com maior frequência para esse estado de coisas é a imposição de um modelo sindical unicista, que limita a representação sindical a um único sindicato por categoria, em determinada base territorial, também imposta, correspondente, no mínimo, à área de um município.

Na doutrina, há razoável dissenso entre unicidade e pluralidade sindical.

Na defesa do modelo unicista em vigor, o principal argumento é o de que o fracionamento dos sindicatos em um eventual modelo plural ensejaria significativa redução da força dos sindicatos hoje existentes, em prejuízo da classe trabalhadora. Nesse sentido, na doutrina clássica, Evaristo de Moraes Filho assim se pronuncia:

(...) em regime de pluralidade absoluta, como pleiteiam seus adeptos, viveríamos num verdadeiro inferno de confusão social, com prejuízo da própria profissão, fracionada e dividida entre associações dissidentes e até mesmo opostas em seus pontos de vista, cada uma controlada, talvez, por outros organismos mais fortes: uma igreja, um partido político, o patronato, o próprio Estado...²⁰⁴

Há diversos outros nomes de peso a comungar desse entendimento, dentre os quais podem ser citados Oliveira Viana, José Martins Catharino, Segadas Viana e Orlando Gomes.

²⁰³ SILVA, Paulo Renato Fernandes da. A crise do sindicato no Brasil em uma perspectiva kantiana. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, Brasília, DF, v. 19, n. 20, p. 149-162, nov. 2015.

²⁰⁴ MORAES FILHO, Evaristo de. O problema do sindicato no Brasil: seus fundamentos sociológicos. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1978, p. 102.

Por outro lado, isto é, a favor da pluralidade sindical, estão Maurício Godinho Delgado, Mozart Victor Russomano, Délio Maranhão e José Cláudio Monteiro de Brito Filho.

Também em favor da pluralidade sindical, a posição de Cássio Mesquita Barros:

O que não nos parece conveniente nem razoável, é que o Estado restrinja a criação, em uma mesma base territorial, de mais de um sindicato de uma mesma categoria, porque assim fere uma liberdade intrínseca ao ser humano, a liberdade de escolha, sendo a liberdade sindical um de seus desdobramentos.

A unidade sindical, decorrente de impositivo de lei, se choca flagrantemente com a Convenção n. 87, da OIT, e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, que encaram a liberdade sindical sob três aspectos:

1. a liberdade sindical coletiva, que é a liberdade de empregados e empregadores se unirem e formarem um sindicato, redigirem seus estatutos e estabelecerem seu programa de ação;
2. a liberdade sindical individual, que é o direito de todo empregado e de todo empregador de ingressarem ou de se desligarem do sindicato de sua escolha;
3. a autonomia sindical, que concebe o sindicato como senhor de suas deliberações, sem ingerência de forças estranhas.²⁰⁵

Não há como negar que a origem do modelo brasileiro de unicidade sindical inspirou-se no regime então vigente na Itália de Mussolini, tendo sido incorporado ao ordenamento jurídico pátrio na época do Estado Novo de Getúlio Vargas. Essa sua origem inspirada no regime fascista italiano deixa claro que se trata de um sistema incompatível com ideais democráticos, como os instituídos pela Constituição Federal brasileira de 1988. Aliás, na própria Itália já se encontra superado esse modelo, tendo em vista a adoção, pelo ordenamento jurídico italiano, há muito, da pluralidade sindical. Além disso, a pluralidade é também o modelo sugerido pela Organização Internacional do Trabalho, conforme previsto em suas Convenções 87 e 98.

Ao que parece, são bem mais ponderosos os argumentos dessa última corrente, uma vez que, num ambiente democrático e de liberdade, não faz sentido a imposição feita pela Constituição de obrigatoriedade de sindicato único. É importante, neste ponto, destacar que a pluralidade sindical apenas abre a possibilidade de criação de mais de um sindicato representativo de determinada categoria numa dada base territorial. Aliás, mais que isso – e na verdade em decorrência disso –, a pluralidade possibilita que os próprios interessados definam a base territorial a ser abrangida pelo sindicato, além de extinguir a contribuição compulsória, que obriga a quem escolhe não se filiar ao sindicato da categoria.

²⁰⁵ BARROS, Cássio Mesquita. Pluralidade, unidade e unicidade sindical. In FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa (Coord.). *Curso de direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. P. 86-89

E para além do argumento de que a pluralidade se ajusta à democracia no meio sindical, outro argumento em favor desse sistema é o de que com ela passa a haver concorrência entre sindicatos, ao que se poderia contra-argumentar que os sindicatos mais fracos – assim entendidos aqueles com menos filiados – tenderiam a desaparecer. Não parece sustentável (ou mesmo razoável) esse argumento, considerando-se que os sindicatos profissionais devem ser considerados instrumentos da classe trabalhadora, e não um fim em si mesmo. Assim, se um sindicato, entre vários existentes numa determinada base territorial, vier a englobar a totalidade dos trabalhadores da categoria, ensejando o desaparecimento de outros sindicatos da localidade, a conclusão será a de que isso decorreu de melhor atuação do sindicato remanescente, o que opera em prol de sua própria finalidade.

Aliás, é importante que se diga que nada impede que a própria categoria se oriente, previamente, no sentido de criação de um único sindicato, em determinada base. Ou que o faça posteriormente, pelas razões mencionadas. Esse fenômeno, no âmbito da doutrina, é conhecido como unidade sindical, e como se percebe somente tem espaço num regime de pluralidade. Em síntese, portanto, a pluralidade comporta a possibilidade de sindicato único, apenas diferindo da unicidade em razão dessa possibilidade decorrer, de modo democrático, da livre escolha dos interessados, e não de uma imposição estatal. Conforme Amauri Mascaro Nascimento, “o princípio básico em que se fundamenta o pluralismo é o democrático”²⁰⁶.

Por fim, é também oportuno destacar que o modelo de unicidade sindical brasileiro não parece capaz de converter em realidade a retórica de que a união faz a força, posto que, como já dito, apenas 10% dos trabalhadores, em média, filiam-se aos sindicatos de suas categorias. É certo, deve-se dizer, que há alguns poucos sindicatos que mesmo no atual sistema unicista contam com estrutura sólida, e que se destacam pela eficiência e combatividade. Não é essa a realidade maior, como há pouco mencionado, tratando-se esses casos de sucesso de exceção à regra geral vivenciada no meio sindical brasileiro, de modo que impossível tomar-se como argumento esta última realidade.

Em regra, o que se verifica nesse meio é uma imensa quantidade de sindicatos com pouquíssima representatividade, o que afeta direta e negativamente seu poder de barganha nas negociações coletivas, dando ensejo a acordos e convenções coletivos que mais refletem os

²⁰⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito sindical. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 240.

interesses patronais que os dos trabalhadores. A melhora da estrutura sindical, portanto, é premente, embora, de momento, pouco provável.

A propósito, há alguns anos percorreu o trâmite legislativo do Congresso Nacional, sem sucesso, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 29/2003, em cujo bojo se previa a extinção da unicidade sindical. Atualmente, tramita no Congresso a PEC 369/2005, que entre outras questões, acaba com o modelo de unicidade sindical no Brasil, muito embora desde 20/06/2013 encontre-se sem qualquer movimentação na Câmara Federal.²⁰⁷

Como quer que seja, ainda que se considere que com a pluralidade sindical seria em muita incrementada a possibilidade de maiores conquistas para a classe trabalhadora, em razão de melhor atuação dos sindicatos profissionais, é viável discutir-se a possibilidade de instituição, por meio de acordos e convenções coletivos de trabalho, de estabilidade no emprego, o que, de resto, já constitui realidade em relação a algumas situações peculiares.

Dada a importância dessa discussão, passa-se a sua análise em item próprio, na sequência.

4. A possibilidade da instituição da proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa por meio de acordos e convenções coletivos do trabalho

Conforme aludido no item 2 do presente capítulo, do ponto de vista material o disciplinamento de questões relativas à relação de emprego somente encontra limitações, segundo a jurisprudência atual, quanto à redução de parâmetros mínimos concernentes a salário mínimo, segurança, medicina e higiene do trabalho. Quanto a essas questões, portanto, somente se admite alterações da legislação oficial para estabelecimento de padrões superiores, sob a óptica do trabalhador.

Assim, *a priori* não há restrição a que se estabeleça, por meio de negociação coletiva, novos modelos de estabilidade no emprego, até porque se trata de questão que eleva o patamar jurídico de proteção do trabalhador empregado. Nada obstante, uma objeção que precisa ser enfrentada diz com a instituição, pela Constituição Federal de 1988, do FGTS como regime obrigatório, em substituição à antiga estabilidade decenal, da qual se falou no

²⁰⁷

item 1 do Capítulo II. Desse modo, por se tratar de um modelo imposto pela Constituição Federal justamente em substituição a um sistema que concretizava a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, condicionando-a ao cometimento de falta grave pelo empregado, importa discutir se por meio de acordos e convenções coletivos é possível retomar um modelo de estabilidade no emprego. Além disso, em caso positivo, é também pertinente a discussão a propósito de como se daria a compatibilização entre a estabilidade convencional e o FGTS, isto é, se haveria possibilidade de o trabalhador ficar submetido aos dois sistemas, ou se, diversamente, a adoção da estabilidade prevista em acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho excluiria o FGTS.

Eis uma das questões a ser enfrentada no presente capítulo, objeto do próximo item.

4.1. Estabilidades convencionais já existentes e a possibilidade de instituição de outras formas de estabilidade em acordos coletivos de trabalho e em convenções coletivas de trabalho

A possibilidade de estipulação de estabilidade no emprego por meio negocial não constitui novidade no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho. Com efeito, trata-se de experiência já vivenciada por diversas categorias, porém sempre em relação a períodos contratuais curtos, como por exemplo no caso de estabilidade pré-aposentadoria, mecanismo relativamente comum em cláusulas normativas para proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa em períodos próximos à aquisição do direito à aposentação, ou ainda na hipótese de estabilidade em decorrência de acidentes no trajeto casa/local de trabalho ou vice-versa²⁰⁸.

Uma das possibilidades que se está a cogitar neste ponto do presente trabalho é a de instituição de estabilidade no emprego por meio de acordos e convenções coletivos por períodos mais longos, devendo-se entender como tal a estabilidade definitiva, nos moldes, portanto, da antiga estabilidade decenal prevista no art. 492 da CLT, embora não

²⁰⁸ A propósito desse tipo de estabilidade convencional, a seguinte ementa: ACIDENTE DO TRABALHO E DOENÇA PROFISSIONAL. Trajeto de serviço. Acidente de trajeto. Estabilidade convencional. Indenização por danos materiais e morais. Hipótese em que não há prova de que o acidente tenha ocorrido da forma como relatado na petição inicial, durante o trajeto entre a residência do empregado e o trabalho (ou vice-versa), consoante art. 21, IV, "d", da Lei 8.213/91. Recurso a que se nega provimento. (PJe-JT TRT/SP 10001983720145020264 - 11ªTurma -RO-Rel. Adriana Prado Lima -DEJT 11/02/2016).

necessariamente idênticos. No âmbito da jurisprudência trabalhista, notadamente do TST, essa questão não é tratada de forma direta. No entanto, há alguns dispositivos jurisprudenciais da Corte que tratam de questões próximas, e que devem ser consideradas para efeito da conclusão a que se pretende chegar, conforme mencionado no parágrafo anterior. A propósito, o item II da Súmula 98 do TST deixa claro que o entendimento da Corte é no sentido da incompatibilidade entre os regimes de estabilidade decenal e de FGTS, muito embora considere compatíveis com o Fundo as estabilidades previstas em contrato ou em regulamento de empresa.

Eis os exatos termos dessa jurisprudência mencionada:

Súm. 98. FGTS. INDENIZAÇÃO. EQUIVALÊNCIA. COMPATIBILIDADE

I - A equivalência entre os regimes do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e da estabilidade prevista na CLT é meramente jurídica e não econômica, sendo devidos valores a título de reposição de diferenças. (ex-Súmula nº 98 - RA 57/1980, DJ 06.06.1980)

II - A estabilidade contratual ou a derivada de regulamento de empresa são compatíveis com o regime do FGTS. Diversamente ocorre com a estabilidade legal (decenal, art. 492 da CLT), que é renunciada com a opção pelo FGTS.²⁰⁹

Como se vê, o TST, no item II da Súmula 98, adota posições diversas para as hipóteses de cotejo do FGTS com a estabilidade decenal (que considera institutos incompatíveis), e do FGTS com estabilidade contratual ou prevista em regulamento de empresa (que considera compatíveis). Disso resulta um primeiro dilema, a saber: eventual estipulação de estabilidade mais longa, como se propõe no presente estudo, deveria ser equiparada à estabilidade decenal ou à estabilidade contratual?

Note-se que a questão não é simples, haja vista a inexistência de previsão específica da jurisprudência para a hipótese aqui cogitada, a exigir aproximação com uma das duas figuras estabilitárias mencionadas, o que se revela possível, a depender do parâmetro que se eleja mais significativo. Assim, caso se considere que o estabelecimento de estabilidade no emprego, pela via negocial, tem mais proximidade com a estabilidade decenal, justamente em razão da utilização do tempo de serviço como critério definidor, a conclusão que se há de chegar, ao menos em relação à posição do item II da Súmula 98, é de que se cuidaria de instituto incompatível com o regime do FGTS. E isso traria também à discussão a questão da possibilidade de a norma coletiva estipular a renúncia ao sistema do FGTS, que como já dito

²⁰⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/sumulas>

constitui imposição constitucional, que somente não prevalece no caso de já ter o trabalhador, quando da promulgação da Constituição Federal, adquirido o direito à estabilidade decenal.

Por outro lado, a se considerar que a estabilidade convencional, em razão de decorrer de acordo de vontades, tal qual a contratual, guarda mais proximidade com esta última, a conclusão, diversa (e também com base no mesmo item II da Súmula 98), será de que são institutos compatíveis, e que por isso mesmo podem coexistir em relação a um mesmo vínculo empregatício. Ou seja, nesse caso, o trabalhador estaria estável no emprego, pelo período pactuado no instrumento normativo, e ao mesmo tempo estaria alcançado pelo regime do FGTS. Esta última hipótese, cabe registrar, não deve causar estranhamento, já que os termos do referido item II da Súmula 98 contemplam justamente tal possibilidade, sendo apenas diferente o fato de que a estabilidade a conviver com o FGTS estaria prevista em norma contratual, e não em instrumento coletivo.

Aliás, o fato de a Súmula fazer menção somente ao fato da compatibilidade entre a estabilidade contratual e o FGTS, sem qualquer restrição ao tempo daquela estabilidade prevista em contrato, possibilita a conclusão de que é mais razoável a equiparação da estabilidade convencional à estabilidade contratual, porque esta, tanto quanto aquela, poderia ser estipulada para períodos mais longos, além da já referida proximidade decorrente de tratar-se de estabilidades, ambas, oriundas de acordos de vontades.

Já com relação à estabilidade convencional em decorrência de acidente do trabalho ou doença profissional, o entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial (OJ) nº 41, de sua Seção de Dissídios Individuais (SDI) I, é de que essa estabilidade se prolonga para além do fim da vigência do instrumento normativo no qual prevista, tratando-se, assim, de hipótese de ultratividade da norma coletiva, o que se ajusta à posição firmada em sua Súmula 277. Eis os termos exatos desses dois verbetes da jurisprudência do TST:

OJ 41. ESTABILIDADE. INSTRUMENTO NORMATIVO. VIGÊNCIA. EFICÁCIA. Preenchidos todos os pressupostos para a aquisição de estabilidade decorrente de acidente ou doença profissional, ainda durante a vigência do instrumento normativo, goza o empregado de estabilidade mesmo após o término da vigência deste.

Súm. 277. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE. As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante

negociação coletiva de trabalho.²¹⁰

Quanto a esta última súmula, deve ser dito que o TST a alterou em 2012, mudando radicalmente de posição em relação à questão da ultratividade da norma coletiva. Até então, constava da redação do inciso I da súmula que “as condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho”. Agora, após a alteração, passou o TST a entender que tais condições integram o contrato, ficando passíveis de alteração ou supressão apenas por meio de nova negociação coletiva. Ou seja: se não advier nova norma decorrente de negociação coletiva, as cláusulas normativas anteriores passam a vigorar entre as partes por tempo indeterminado, incorporando-se, portanto, em caráter definitivo, ao contrato de trabalho.

Não parece ser essa a melhor solução, uma vez que a perenização da norma coletiva desestimula a negociação, já que concessões oferecidas pelos empregadores, em razão de circunstâncias momentâneas favoráveis, passam a ganhar feição de concessões por tempo indeterminado, projetando-se, portanto, para além do período de vigência das normas onde previstas. Dentre as decisões que o próprio TST aponta como aptas a fundamentar essa jurisprudência, seleciona-se o processo nº TST-E-RR-608.673/99.4, cuja ementa se transcreve, por sua clareza:

ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. COMPLEMENTAÇÃO A AUXÍLIO-DOENÇA. ULTRATIVIDADE.

1. Não viola o art. 614 da CLT acórdão de Turma do TST que mantém condenação ao pagamento de complementação a auxílio-doença ante a ultratividade de acordo coletivo de trabalho que a prevê e cujo prazo de vigência já se expirou.
2. Ostenta natureza permanente cláusula coletiva que confira maior proteção ao trabalhador contra os efeitos nocivos advindos do contrato de trabalho, repercutindo além do prazo de vigência da Convenção, do Acordo ou da Sentença Normativa. Aplicação analógica da Orientação Jurisprudencial nº 41 da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho.²¹¹

Dessa maneira, portanto, passam a vigorar indefinidamente, perdendo o caráter de provisoriedade que devia marcá-las, bem como deixando no ar incerteza sobre a viabilidade da própria concessão patronal, que antes da mudança, tinha data certa para ser revista, sob pena de perder vigência. De todo modo, considerando a nova redação dessa Súmula 277, é de

²¹⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/sumulas>.

²¹¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1058300/recurso-de-revista-rr-6086733719995015555-608673-3719995015555/inteiro-teor-9535635>

se concluir que a OJ 41, transcrita, está com ela sintonizada, na medida que também projeta a estabilidade convencional decorrente de acidente ou doença profissional para além do prazo de validade da norma coletiva onde estipulada.

Diante disso, forçoso também concluir que na eventual previsão de estabilidade convencional com base em determinado tempo de serviço, por exemplo, a solução deve ser a mesma, isto é, deve continuar valendo a estabilidade alcançada no curso da norma mesmo após a expiração da validade desta.

CONCLUSÃO

O trabalho é fonte universal de sustento do homem. No capitalismo, o emprego é a principal forma organizada de exploração do trabalho humano, o que justifica a preocupação do Direito em discipliná-lo e em proteger o trabalhador contra excessos nessa exploração que a história já registrou por ocasião da Revolução Industrial, e que desde então vêm servindo de alerta e direção quando ao desiderato de sociedades menos injustas. Daí a razão de as Constituições dos países ditos civilizados inserirem normas de proteção ao trabalho e, mais particularmente, ao emprego. Trata-se, portanto, de proteger contra excessos, mas não apenas isso. Necessário também, nesse mesmo contexto, proteger o empregado contra as chamadas denúncias vazias do contrato de trabalho, assim entendidas aquelas procedidas à margem de qualquer motivo, e que privam o trabalhador de sua fonte de sustento e, de consequência, de dignidade, hoje vetor central dos ordenamentos constitucionais desses países, o Brasil inclusive.

Nessa linha, a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, a despeito de constar do extenso rol de incisos no qual a Constituição Federal de 1988 disciplina os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, jamais teve efetividade no Brasil.

Entre nós, ainda prevalece o conceito há muito estabelecido pelo mercado de que a dispensa sem justa causa deve ser encarada como necessária à regular administração dos negócios empresariais. Trata-se, segundo pensamento corrente, de um poder potestativo do empregador, indispensável à dinâmica competitiva estabelecida no plano da livre iniciativa.

Ocorre que, em sentido diverso, a Constituição Federal brasileira de 1988 estabeleceu declarada restrição a esse suposto “direito potestativo” patronal de dispensa, determinando como primeiro dentre dezenas de direitos fundamentais dos trabalhadores o direito à “relação

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

Com base nessa parte final do dispositivo constitucional já decidiu o STF, embora sem efeito vinculante, pela impossibilidade de que a legislação complementar venha a estabelecer qualquer tipo de estabilidade, devendo limitar-se à previsão de compensação indenizatória, que no momento, em caráter provisório, está estabelecida no pagamento de multa ao trabalhador, por ocasião da dispensa imotivada, correspondente a 40% dos valores recolhidos a título de FGTS ao longo do contrato de trabalho.

Essa posição, entretanto, sequer é pacífica dentro do próprio Supremo Tribunal, e conforme se procurou demonstrar, não realiza integralmente a proteção prevista no inciso I do art. 7º da Carta Constitucional, uma vez que apenas opera no plano consequencial da indenização pelo rompimento de uma relação que tem proteção do Direito, e não, como deveria, de modo a obstá-la, com previsão de reintegração quando não observada. O que também se procurou demonstrar foi que todo o contexto da Constituição de 1988 é direcionado à efetiva proteção do trabalho, em linhas gerais, e do emprego, mais particularmente, o que encontra amparo na relação existente entre permanência no emprego e dignidade da pessoa humana, atualmente valor central do ordenamento constitucional, e que figura já no artigo inaugural da Carta de 1988 como fundamento da República. Na mesma linha, a menção, no art. 170, à ordem econômica fundada nos valores sociais do trabalho. Nessas duas passagens, referências também expressas à livre iniciativa, numa clara demonstração de que a Constituição busca equilibrar a relação entre capital e trabalho, moderando a complexa equação de incentivo à economia capitalista e respeito aos direitos trabalhistas, agora tomados como direitos fundamentais sociais.

Dentro desse contexto, foram apresentados argumentos no sentido de que o emprego, enquanto principal forma de exploração do trabalho humano no capitalismo, deve não apenas ser oferecido de forma suficiente aos trabalhadores, para quem é fonte primária de sustento próprio e familiar, mas também protegido contra denúncias vazias, assim entendidas aquelas desprovidas de qualquer razão de ordem técnica, disciplinar, econômica ou financeira.

Seguindo essa linha de raciocínio, foram estudadas também as questões da função e da responsabilidade social da empresa, bem como a relação desses conceitos para com a garantia constitucional de proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa

causa, chegando-se à conclusão de que a atuação responsável das empresas em relação a essa temática constitui, também, importante mecanismo à efetivação do referido direito fundamental, o que de resto constitui hoje obrigação, posto constarem expressamente no texto constitucional exigências referentes a essa função social da empresa.

Além disso, foram estudadas algumas formas de estabilidade ainda existentes no ordenamento jurídico, como é o caso das estabilidades provisórias do dirigente sindical, da gestante e do trabalhador acidentado. No particular, buscou-se a demonstração de que, para além dos fundamentos específicos destinados à livre atuação dos sindicatos, por meio da estabilidade conferida a seus dirigentes (e suplentes), ao nascituro, por meio da gestante, e à condição de debilidade do trabalhador vítima de acidente, o direito à estabilização no emprego, porque ligado à perspectiva da dignidade, também justifica o estabelecimento, em legislação complementar, de mecanismos de estabilidade, inclusive – e principalmente – com possibilidade de reintegração no emprego, em caso de inobservância desse direito, reconhecida judicialmente. E mesmo enquanto não vier a ser editada essa normatização complementar, deve ser garantido aos trabalhadores esse direito à reintegração, porque não é concebível que um direito fundamental expressamente previsto no texto constitucional possa ser obstado indefinidamente, à espera de legislação infraconstitucional, à qual deve caber apenas o papel de detalhamento do direito previsto na Constituição. Também se demonstrou que a estabilidade do servidor público, dentre outros motivos, tem igualmente como fundamento a dignidade da pessoa humana, o que corroborou a conclusão já mencionada, de que a estabilidade é indispensável à integral efetivação da proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, como previsto na norma constitucional sob análise.

E como o tema central do estudo refere-se aos elementos e fundamentos necessários à efetivação desse direito fundamental de proteção ao emprego, foi também abordada a questão da internalização da Convenção nº 158 da OIT, na qual se prevê a instituição, nos ordenamentos jurídicos nacionais, de exigência de apresentação de motivos para a dispensa. A conclusão, a propósito, é que sua denúncia foi irregular, porque unilateral, sem aquiescência do Congresso Nacional. E caso venha a ser acolhida ação direta de inconstitucionalidade na qual impugnada a desistência dessa norma internacional pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, deve ela ser integrada ao ordenamento jurídico brasileiro como norma com natureza supralegal, como já decidiu o STF, ou mesmo como emenda constitucional. Nas duas hipóteses, poderá ser tomada como legislação complementar apta a

tornar efetivo o direito fundamental social que aqui se está a estudar.

Discutiu-se ainda, num momento seguinte, o tratamento jurídico que vem sendo dado às hipóteses de dispensas coletivas. A jurisprudência trabalhista, a esse respeito, vem condicionando a validade desse tipo de ato à prévia tentativa de negociação coletiva, tendo em vista, em síntese, os impactos sociais que as dispensas em massa ensejam. Ainda que se possa considerar razoável esse tipo de procedimento, concluiu-se que, do ponto de vista jurídico, mais correto seria considerar que seu fundamento é, na verdade, o mesmo dos casos de dispensas individuais sem justa causa, isto é, a dignidade da pessoa humana e o disposto no inciso I, do art. 7º da Constituição Federal.

Por fim, numa última etapa do estudo foi avaliada a questão da possibilidade de criação de formas de estabilidade no emprego por meio da autonomia privada de vontade das partes coletivas, isto é, por meio de acordos coletivos de trabalho e convenções coletivas de trabalho. A propósito, foi apreciada a posição da jurisprudência do TST, que se orienta no sentido da incompatibilidade entre os regimes de estabilidade decenal previsto na CLT com o sistema do FGTS, que lhe substituiu integralmente, nos termos da própria Constituição, após duas décadas de dualidade, isto é, de convivência dos dois regimes, simultaneamente. Nesse particular, interessante notar que, em relação às estabilidades previstas em contrato ou em regulamentos de empresa, a jurisprudência do mesmo TST entende haver compatibilidade.

Diante disso, a conclusão a que se chegou é que, em razão de decorrer de acordo de vontades, os acordos coletivos de trabalho e as convenções coletivas de trabalho podem estabelecer previsão de estabilidade no emprego, inclusive tomando por base o tempo de serviço do trabalhador para determinado empregador, já que o regime estabilitário objeto de substituição pelo FGTS foi, especificamente, o antigo regime de estabilidade decenal previsto na CLT, nada obstando, portanto, que nova estabilidade por tempo de serviço possa ser prevista em norma convencional.

Do quanto estudado, o que se pode concluir é que a efetivação da proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa não deve ser considerada como medida tendente à inviabilização do meio negocial. Diversamente, sua concepção aponta para a necessidade de um equilíbrio entre patrões e empregados, de forma a proporcionar a estes últimos um mínimo de segurança no planejamento familiar, o que se ajusta ao ideal de dignidade da pessoa humana previsto no texto constitucional, eis tratar-se de forma de

provimento de um mínimo necessário à sobrevivência e à vida digna do cidadão trabalhador, o que se convencionou chamar de mínimo existencial.

Assim, conclui-se que os desideratos constitucionais de justiça social, dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho humano passam, necessariamente e em larga medida, pela observância e efetividade da norma constitucional escrita no inciso I do art. 7º da Carta de 1988, a qual somente será objeto de concretização por meio do estabelecimento de restrições às dispensas de trabalhadores, que deverão ser condicionadas à existência de motivos de ordem técnica, disciplinar, econômica ou financeira, sob pena de possibilidade de reintegração, por via judicial.

Não basta, portanto, a previsão de indenização compensatória, posto que isso constitui apenas consequência pela ruptura do contrato de emprego, e não propriamente proteção. Sem essas alterações não se pode falar com consistência em função social da empresa e construção de uma sociedade justa e solidária, como também prevê a Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

ALMEIDA NETO, João Alves. **Breves comentários à Lei 12.182/2013, que incluiu o art. 391-a à CLT: estabilidade gestante no curso do aviso prévio**. Revista eletrônica de direito Unifacs. n. 197/2016. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/index>

ALMEIDA, Renato Rua de. **O regime geral do Direito do Trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa. Estudo comparado entre a legislação brasileira e as legislações portuguesa, espanhola e francesa**. Revista LTr. Legislação do Trabalho, v. 3/2007.

ANDRADE, OYAMA KARYNA BARBOSA. **Proteção constitucional contra a dispensa arbitrária do empregado: do descumprimento à efetividade**. Dissertação de Mestrado. 2012. Universidade Federal de Minas Gerais.

BARCELLOS, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista Diálogo Jurídico, Nº 15, jan-mar/2007, Salvador, Bahia, Brasil.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 3 ed., São Paulo: LTr, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. Curso de direito constitucional. 20. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

BRAIANI, Kátia Liriam Pasquini. **A estabilidade da empregada gestante e o abuso do direito**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar 517/2015**. Disponível em: <http://camara.gov.br/sileg/integras/1361387.pdf>.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Decreto n. 1.855/1996. Promulgou a Convenção 158 sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1855.htm.

BRASIL. **Lei n. 8.213/1991. Dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.480 MC, Relator: CELSO DE MELLO, Julgamento em 04/09/1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBD.asp?item=167>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo 549, de 01 a 05/06/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo549.htm>.

_____. MI: 712 PA, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>

_____. RE 179.193, Relator: MOREIRA ALVES, Julgamento em 18/12/1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBD.asp?item=167>.

_____. RE 187.229-2/PA, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15.12.1998, DJ 14.05.1999, Ementário 1950-3. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=229716>.

_____. RE: 589998 PI, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 22/03/2013. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+589998%2EENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+589998%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/agfftb>

_____. RE: 634093 DF, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 22/11/2011, Segunda Turma. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1609454>

_____. Súmula 197/STF: “O empregado com representação sindical só pode ser despedido mediante inquérito em que se apure falta grave.” Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro. TRT-1 - RO: 00113632720135010017 RJ, Relatora: Des. Cláudia Regina Vianna Marques Barrozo, Data de Julgamento: 15/12/2015, Oitava Turma, Data de Publicação: 19/01/2016). Disponível em:
<http://www.trt1.jus.br/consulta-jurisprudencia>

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. OJ 399, SDI-I/TST: Disponível em:
<http://www.tst.jus.br/ojs>.

_____. PROCESSO Nº TST-RO-6155-89.2014.5.15.0000. Disponível em:
<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=6155&digitoTst=89&anoTst=2014&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0000>

_____. PROCESSO Nº TST-RR-1601-11.2010.5.09.0068, Relator Min. Vieira de Mello Filho, julgado em 29/02/2012. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>.

_____. SBDI-I, E-ED-RR 249100-26.2007.5.12.0004, Relator Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, *DEJT* 09/04.2010. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>.

_____. Súmula 222. DIRIGENTES DE ASSOCIAÇÕES PROFISSIONAIS. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (cancelamento mantido) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Os dirigentes de associações profissionais, legalmente registradas, gozam de estabilidade provisória no emprego. Disponível em <http://www.tst.jus.br/web/guest/sumulas>.

_____. Súmula 378, II: “São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a consequente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se contatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego.” Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/sumulas>.

_____. Súmula 379/TST: “DIRIGENTE SINDICAL. DESPEDIDA. FALTA GRAVE. INQUÉRITO JUDICIAL. NECESSIDADE (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 114 da SBDI-1). O dirigente sindical somente poderá ser dispensado por falta grave mediante a apuração em inquérito judicial, inteligência dos arts. 494 e 543, §3º, da CLT. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/sumulas>.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho decente. Análise jurídica da exploração do trabalho - trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno**. São Paulo: LTr, 2004.

CAVALCANTE, Ricardo Tenório. **Jurisdição, direitos sociais e proteção do trabalhador**. Porto Alegre: Livraria Editora do Advogado, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Estado, empresa e função social**. RT 732/38. São Paulo: Revista dos Tribunais. Out.1996.

_____. **Fundamentos dos direitos humanos**. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Disponível em:
<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/33031/32211>>
Acesso em 25/08/15.

CORREIA JUNIOR, José Barros. **A função social e a responsabilidade social das empresas perante os stakeholders**. Tese de doutoramento apresentada ao programa de pós-graduação em direito da Faculdade de Recife, da Universidade Federal de Pernambuco, 2013.

COSTA, Sérgio Amad. A inadequada Convenção 158 da OIT. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 31/01/2015. Disponível em <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,a-inadequada-convencao-158-da-oit-imp-,1627448>.

DARCANCHY, Mara Vidigal. RT 1/219. **Responsabilidade social da empresa e a Constituição**. RT 59/193. São Paulo: Revista dos Tribunais. dez.2010.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direitos humanos dos trabalhadores: perspectiva de análise a partir dos princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário**. In DELGADO, Gabriela Neves e RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. Disponível em:
http://www.lex.com.br/doutrina_25379511_OS_DIREITOS_SOCIOTRABALHISTAS_CO_MO_DIMENSAO_DOS_DIREITOS_HUMANOS.aspx.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves (Org.). **Direito do trabalho e seguridade social: direito do trabalho coletivo, administrativo, ambiental e internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2008.
_____. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 2. ed., São Paulo: LTr, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Os princípios do Direito do Trabalho e os direitos fundamentais do trabalhador**. São Paulo: Saraiva, 1997.

FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira

(org.). **Direito civil: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GAMA, Guilherme Calmo Nogueira. **Função social da empresa**. RT 857/103. São Paulo: Revista dos Tribunais. Mar.2007.

GARCIA, Gustavo F. B. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. Editora Forense, 2016.

GOMES, Orlando. **Dispensa coletiva na reestruturação da empresa (aspectos jurídicos do desemprego tecnológico)**. Ltr, 38/577, 1974.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. **Direito constitucional do trabalho: aspectos controversos da automação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed, São Paulo: Malheiros, 2012.

GUNTHER, Luiz Eduardo. **A Convenção número 158 da OIT no Brasil: uma polêmica ainda não resolvida**. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região: Vol. 5, n. 48, p 7-34, mar. 2016.

_____. **A OIT e o direito do trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011.

JUSBRASIL. Portal Jurídico. Disponível em:
<https://angelotto.jusbrasil.com.br/noticias/147964524/enunciados-aprovados-na-1-jornada-de-direito-material-e-processual-na-justica-do-trabalho>.

KRELL, Andreas. **Revista de informação legislativa**. Brasília a. 36, n. 144, out/dez 1999.

LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **A autonomia privada e a função social da empresa**.

MANNRICH, Néelson. **Dispensa coletiva**. São Paulo: LTr, 2000.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A continuidade do contrato de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: RT, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21 ed atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1. ed., 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2011.

MELO, Jólia Lucena da Rocha. **Abuso do direito nas dispensas sem justa causa e arbitrárias: fundamentos, características e sistema de reparação**. Curitiba: Juruá, 2014.

MENDES, Gilmar. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Revista Jurídica Virtual, v.2, n.14, jul. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-14/capa.htm.

MÉO, Letícia Caroline. **Empresas sociais, função social da empresa e responsabilidade empresarial social**. RT 59/193. São Paulo: Revista dos Tribunais. jul. 2014.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 49, n. 79, p. 149-162, jan./jun.2009.

MIRANDA, Fernando Hugo R. **Observatório da jurisdição constitucional**. Brasília: IDP, Ano 6, vol. 2, jul./dez.2013. ISSN 1982-4564.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. São Paulo: Max Limonad, 1953.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Comentários às leis trabalhistas**. v.1, 2 ed. São Paulo: LTr, 1992.

PIOVESAN, Flávia. **Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos**. Cadernos de Pesquisa, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROMITA, Arion Sayão, **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 4, p. 102-104, 2001.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região – edição especial, Ed. 24, jul.2008.

SARMENTO, Daniel. **A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria.** In SAMPAIO, José Adércio Leite. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 292.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1988.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Convenção 158 da OIT. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável. Disponível em http://www.fiscosoft.com.br/main_artigos_index.php?PID=127875&printpage=.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho.** 3. ed. atual. e com novos textos. São Paulo: LTr, 2000.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **A função social da empresa.** RT 810/35. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2003.

_____. **Empreendedorismo e função social da empresa.** RT 946/129. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago.2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001.

VASCONCELLOS, Andréa de Campos. **Dispensa imotivada. Análise à luz da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

ZANGRANDO, Carlos. **Curso de direito do trabalho:** tomo I. São Paulo: LTr, 2008.