

**EMATRA – ESCOLA DA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO
TRABALHO DO PARANÁ**

UNIBRASIL – FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL

CYBELE LUCIANA PÁRIS

DESPEDIDA ARBITRÁRIA E SEM JUSTA CAUSA

CURITIBA

2013

CYBELE LUCIANA PÁRIS

DESPEDIDA ARBITRÁRIA E SEM JUSTA CAUSA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário da Unibrasil – Faculdades Integradas do Brasil.

Orientadora: Professora Doutora Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu.

CURITIBA

2013

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS	7
1.1 DEFINIÇÃO / HISTÓRIA	7
1.2 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	10
1.3 DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO	12
1.4 DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	18
2 DIREITO POTESTATIVO DO EMPREGADOR E A NECESSIDADE DE PROTEGER O TRABALHADOR DA DESPEDIDA SEM JUSTA CAUSA E ARBITRÁRIA	24
2.1 RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO POTESTATIVO – CRIAÇÃO DE HIPÓTESES DE PROTEÇÃO AO EMPREGO	28
2.2 PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA SEM JUSTA CAUSA, ARBITRÁRIA OU ABUSIVA	31
3 LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA SOBRE O TEMA	36
3.1 CONVENÇÃO 158 DA OIT, RATIFICAÇÃO E APLICABILIDADE NO BRASIL	42
CONCLUSÃO	51
BIBLIOGRAFIA	55

INTRODUÇÃO

A finalidade da realização da presente pesquisa é analisar o atual modelo de rescisão contratual da relação de emprego, que permite ao empregador promover a ruptura unilateral do contrato, a qualquer momento e sem qualquer justificativa. Serão analisados os impactos causados por tal modalidade de término de contrato de trabalho na sociedade e na vida do trabalhador, a quem não é garantida a devida proteção.

O estudo abordará, no primeiro capítulo, a evolução dos direitos humanos, passando pelas diversas gerações ou dimensões de direito, para explicar que, em um primeiro momento, reconheceram-se direitos que exigiam uma abstenção do Estado, ou seja, uma limitação do poder do soberano, donde nasceram os direitos ligados à liberdade – civis e políticos; e que, em um segundo momento, concluiu-se que apenas a abstenção do Estado não era suficiente, pois, para garantir alguns direitos, era necessária a intervenção positiva do Estado, como meio de assegurar a igualdade. Foi neste contexto que surgiram os direitos sociais (dentre eles, o direito ao trabalho). A partir de então, surgiram novas dimensões de direito que se uniram às primeiras, ampliando-se o alcance dos direitos para toda a coletividade, como, por exemplo, os direitos à paz e ao meio-ambiente.

Na continuação da pesquisa, a abordagem será específica quanto ao direito do trabalho, apresentando-se, em linhas gerais o direito e seu propósito de proteger o trabalhador, parte mais frágil na relação contratual. O trabalho assalariado, por ter seu surgimento atrelado à escravidão e à servidão, sempre possuiu uma conotação negativa na sociedade. Com o tempo, em decorrência de lutas por

melhores condições, foram surgindo garantias e direitos aos trabalhadores, tanto no plano internacional como no nacional.

Ao final do primeiro capítulo, o objeto de estudo será o direito do trabalho à luz da Constituição Federal de 1988, e a elevação do trabalho a princípios e valor fundamental da pessoa humana. A pesquisa procurará demonstrar que a Constituição atual representou grande avanço na área social, mas que suas preposições se mostraram insuficiente para proteger o empregado, ainda que expressamente conste, no inciso I do art. 7º que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos” (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27/03/2013).

No segundo capítulo, será analisada a existência de um direito potestativo do empregado de rescindir unilateralmente o contrato de trabalho. A presente pesquisa justifica-se pela constatação empírica de que o reconhecimento de um direito potestativo absoluto do empregador ocasiona uma total insegurança ao trabalhador, reduzindo-o a mero fator de produção e em completo estado de sujeição e dependência em relação ao empregador, o que não pode ser socialmente aceito, na medida em que, com a evolução da sociedade, busca-se cada vez mais um equilíbrio entre os sujeitos da relação de emprego.

Será abordado o fato de que, a manutenção de uma ideia absoluta de “direito potestativo”, atua como mais um fator para perpetuar a desigualdade entre as partes e a negação da autonomia do empregado e que, a intervenção estatal, nesse cenário, torna-se necessária como forma de garantir o equilíbrio entre os sujeitos.

A partir deste ponto, serão analisadas as hipóteses de proteção ao emprego, como a criação de estabilidades próprias e impróprias e, em seguida, a possível limitação ao direito potestativo de despedir sem justa causa ou arbitrariamente. Ao final do segundo capítulo, será apresentado um estudo da legislação brasileira sobre o tema.

O terceiro capítulo será iniciado pelo estudo da legislação estrangeira acerca das hipóteses de proteção do trabalhador contra a despedida imotivada e, por fim, será analisada a Convenção n. 158 da OIT, sua ratificação pelo Brasil, aplicabilidade, compatibilidade com o ordenamento jurídico interno, a alegação de que seria inconstitucional e, por sua, a denúncia do tratado pelo governo brasileiro.

A justificativa do estudo se dá através da observação da precariedade nas relações de trabalho, que torna necessária a busca por novas formas de proteção ao emprego e a necessidade de motivação da dispensa, como forma de assegurar os direitos fundamentais do trabalhador. Os aspectos investigados dizem respeito à necessidade de proteção do trabalhador contra abusos de direito que podem derivar, no Direito do Trabalho, da adoção da teoria dos direitos potestativos, de origem civilista. Serão investigadas, ainda, as modalidades de proteção contra a dispensa considerada abusiva, arbitrária ou sem justa causa, como forma de coibição de que todas as formas de discriminação existentes no mercado de trabalho e para impedir que o empregado seja tratado como mera peça ou ferramenta dentro da empresa e seja reconhecido como ser humano que é, dotado de subjetividades e sentimentos. Buscar-se-á, demonstrar que o trabalho deve ser visto, de fato, como direito fundamental, não apenas na teoria, pela legislação, mas na prática das relações de trabalho, atuando o Direito do Trabalho como instrumento de libertação e proteção do trabalhador.

A análise do direito internacional e de tratados firmados pela Organização Internacional do Trabalho tem o objetivo de apresentar modelo a ser seguido e implantado no Brasil. O método utilizado para tanto será a pesquisa doutrinária, abordando-se o pensamento de diversos autores sobre o tema e o atual entendimento do ordenamento jurídico nacional.

Por fim, todas essas informações serão compiladas na proposta de uma possível solução ao problema apresentado, que cumpra os anseios da classe

trabalhadora garantindo-lhe maior liberdade, autonomia e dignidade dentro da relação de trabalho.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 PERSPECTIVA CONCEITUAL E HISTÓRICA

Os direitos humanos transcendem a esfera nacional e atingem qualquer pessoa, em qualquer tempo e local. O direitos fundamentais, por sua vez, são os direitos humanos reconhecidos e positivados por um determinado Estado. Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, “a positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados 'naturais' e 'inalienáveis' do indivíduo” (2000, p. 377). Para o autor, “os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta” (2000, p. 393).

Na concepção de Norberto Bobbio, direitos fundamentais são, antes de mais nada, direitos históricos, pois nascem de forma gradual em decorrência de lutas em defesa de “novas liberdades contra velhos poderes” (2004, p. 25). O autor entende que considerar os direitos fundamentais como naturais, como fazem os jusnaturalistas, é uma ilusão, porque cada homem possui um entendimento diverso acerca do que é fundamental (2004, p. 36).

José Afonso da Silva também entende que os direitos fundamentais são históricos e se situam “no terreno político da soberania popular, que lhes confere o sentido apropriado na dialética do processo produtivo” (1996, p. 175). Acredita que tais direitos são positivos e encontram seu fundamento e conteúdo nas relações sociais materiais em cada momento histórico (1996, p. 175).

Fábio Konder Comparato explica que, a partir do surgimento das religiões monoteístas (e, particularmente, do cristianismo, que prega o amor universal), o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como dotado de liberdade e razão, lançando-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes (2010, p. 23-24). Contudo, ressalva que essa igualdade entre os filhos de Deus existia apenas no plano espiritual, porque na prática a igreja continuou admitindo, durante séculos, a legitimidade da escravidão, a inferioridade da mulher em relação ao homem, e a inferioridade dos povos americanos e africanos em relação aos europeus (2010, p. 30).

Segundo o autor, “a proto-história dos direitos humanos começa nos séculos XI e X A.C.”, com a instituição do reino unificado de Israel, pelo Rei Davi, que se apresentou como “delegado do Deus único e o responsável supremo pela execução da lei divina”. Ou seja, o poder do soberano estava limitado; se submetia a normas e princípios editados por uma autoridade superior. No século VI A.C., a experiência de limitação do poder do soberano foi retomada em Atenas, com a criação das primeiras instituições democráticas, e prosseguiu, no século seguinte, com a fundação da República romana (COMPARATO, 2001, p. 53-54).

Em uma segunda fase, os direitos humanos foram positivados em regras. A primeira notícia que se tem de uma efetiva limitação ao poder do soberano em relação ao povo remonta ao ano de 1215, quando o Rei João da Inglaterra (conhecido como João Sem Terra), assinou a Magna Carta, com o objetivo de pacificar os conflitos existentes com os senhores feudais e o papado (COMPARATO, 2010,

p. 85-86). O documento, segundo Canotilho (2000, p. 382), destinou-se a estabelecer um *modus vivendi* entre o rei e os barões, que consistia fundamentalmente no reconhecimento de certos direitos de supremacia do soberano em troca de certos direitos de liberdade.

Embora nesse momento ainda não houvesse o reconhecimento de direitos e garantias de forma ampla, a toda a população, a edição da Carta Magna foi um marco na história dos direitos fundamentais pois, pela primeira vez, um Rei assinou um documentos limitando seus próprios poderes.

Em meados do século XVII, é finalmente editada, na Inglaterra, uma declaração de direitos, a *Bill of Right* (1689). Segundo Comparato, o fato ocorre em decorrência de novas revoltas, quando a nobreza daquele país conseguiu destronar o rei Jaime II e oferecer a coroa ao príncipe Guilherme de Orange e à sua esposa, Maria de Stuart, filha mais velha de Jaime II, com a condição de que aceitasse a declaração de direitos votada pelo parlamento (2010, p. 104/105). Entende Comparato que esta ainda não se tratava de uma declaração de direitos humanos, mas criava a divisão de poderes, que significava uma forma de organizar o Estado, e tinha como função, em última análise, proteger os Direitos Fundamentais da pessoa humana (2010, p. 105).

O primeiro registro dos direitos fundamentais apareceu quase um século depois com a elaboração da Declaração de Virgínia, quando as colônias dos Estados Unidos iniciaram seu movimento de independência em relação à Inglaterra. O documento, segundo Comparato, foi o primeiro a reconhecer a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independe de raça, sexo, religião, cultura ou posição social. O autor considera, entretanto, que a

Declaração norte-americana teve um caráter fechado, pois se preocupou mais em estabelecer sua independência e regime jurídico próprio do que garantir a liberdade a todos os povos (2010, p. 119-120).

Na França, a Revolução Francesa foi deflagrada pela burguesia, que se opunha ao poder absoluto do Estado, em defesa dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Os revolucionários derrubaram o regime de governo e promulgaram a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Embora tenha surgido em momento histórico posterior, a Declaração dos Direitos Humanos elaborada na Revolução Francesa possui uma amplitude e importância maior do que a Declaração dos Estados Unidos, justamente por se destinar não só a um povo específico ou camada da sociedade, mas a todo o gênero humano (COMPARATO, 2010, p. 145-146).

No entender de Comparato, enquanto os norte-americanos mostraram-se mais interessados em firmar sua independência em relação à coroa britânica do que em estimular igual movimento em outras colônias europeias, os franceses consideraram-se investidos de uma missão universal de libertação dos povos (2010, p. 145-146). Nesse primeiro texto francês, foram definidas as liberdades individuais. A partir da edição da Constituição de 1791, na França, reconheceu-se, pela primeira vez na história, a existência de direitos sociais (2010, p. 165).

Em 1848, ocorreu uma revolta popular em Paris, em decorrência do descontentamento do operariado. De acordo com Comparato, as discussões mais acaloradas giravam em torno do reconhecimento de um Direito do Trabalho. Adolf Thiers, futuro Chefe de Governo, afirmou que este direito tratava-se de uma “heresia, uma teoria falsa,

já condenada pela experiência” e que o pretense direito do trabalho iria destruir o “espírito da economia”, porque os operários deixariam de poupar seu dinheiro, vendo seu futuro assegurado (COMPARATO, 2010, p. 180-181).

A partir da Constituição de 1848, foram instituídos deveres sociais do Estado para com a classe trabalhadora e os necessitados em geral (art. 13), abolida a escravidão em todo o território francês (art. 6º) e a pena de morte (art. 5º) (COMPARATO, 2010, p. 183). Com a edição da Convenção de Genebra, de 1864, os direitos humanos foram introduzidos na esfera internacional (2010, p. 185).

Em decorrência da primeira e da segunda guerras mundiais, foi editada a Carta das Nações Unidas, que admitiu a existência de um direito de autodeterminação dos povos (2010, p. 229) e, finalmente, em 1948, foi editada a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Norberto Bobbio afirma que, pela primeira vez, um sistema de princípios fundamentais da conduta humana foi livre e expressamente aceito, através de seus respectivos governos, pela maioria dos homens na Terra (2004, p. 47). Segundo Comparato, a Declaração significa a culminação de um processo ético, iniciado com a Independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa, que levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano (2010, p. 240).

1.2 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais podem ser classificados em até cinco gerações ou dimensões, dependendo do autor. Hermano Queiroz Júnior, “palmilhando a senda anteriormente trilhada pela melhor

doutrina”, prefere utilizar a expressão “dimensões” a “gerações” de direito para designar as etapas evolutivas pelas quais passaram os direitos fundamentais. O autor expõe sua posição nos seguintes termos:

Referida postura metodológica assenta na circunstância daquela designação substituir com vantagens esta, na medida em que o termo geração poderia induzir, ou, pelo menos, sugerir, a ideia de que, ao longo da evolução, houve uma sucessão cronológica de categorias de direitos que se substituíram umas às outras, quando, na realidade, o que houve foi uma interpenetração mútua entre as sucessivas classes, com os direitos vindos de uma época recebendo os influxos dos novos direitos, em um processo de expansão, cumulativo, de complementação e não alternância ou de substituição gradativa de uma “geração” por outra (QUEIROZ JUNIOR, 2006, p. 45).

Os movimentos e documentos históricos gerados durante os movimentos de independência dos Estados Unidos e França integram a primeira dimensão de direitos humanos, que representa os direitos civis e as primeiras liberdades do indivíduo contra o Estado. Nas palavras de Queiroz Júnior, parafraseando Paulo Bonavides, essa dimensão é caracterizada “por direitos que se traduzem como faculdade ou atributos da pessoa, inseridos eminentemente, no âmbito de sua liberdade, lhe permitindo o exercício pleno de garantias e direitos de resistência e oposição em face da atuação do Estado” (BONAVIDES, 2001, p. 517, citado por QUEIROZ JÚNIOR, 2006, p. 47).

A segunda dimensão se estabeleceu em um momento de transição do Estado liberal para o Estado social. Segundo Queiroz Júnior, essa mudança decorreu do impacto da industrialização, que levou a constatação de que “somente o reconhecimento formal do direito à liberdade e à igualdade não asseguraria a sua plena e efetiva fruição”, sendo necessário que o Estado adotasse uma postura

“comissiva, ativa, positiva, assecuratória do direito de participação do bem-estar social” (2006, p. 47). Portanto, a segunda dimensão compreende os direitos políticos/sociais e de participação no Estado (dentre os quais está inserido o direito ao trabalho).

Já a terceira dimensão, ao contrário das anteriores, não abrangeu apenas direitos relativos à pessoa individual, mas sim, assumiu uma natureza coletiva ou difusa. Queiroz Júnior assim a define :

A principal característica dos direitos fundamentais de terceira dimensão vincula-se à circunstância de, ao reverso do que sucedido com os direitos de primeira e segunda dimensões, destinarem-se não à proteção do homem-indivíduo, na condição de seu titular, mas a de determinados grupos, tais como a família, o povo, a Nação e ao próprio Estado, avultando de tal aspecto a natureza transindividual, coletiva ou difusa de sua titularidade, que, algumas vezes, se evidencia indefinida ou indeterminável (QUEIROZ JÚNIOR, 2006, p. 49).

Quanto à existência de uma quarta dimensão, não há consenso na doutrina. Queiroz Júnior, perfilhando da mesma opinião de Paulo Bonavides, entende que essa nova dimensão surgiu com o ideal de “transportar os direitos fundamentais para o campo institucional, em movimento que corresponderia à derradeira fase de institucionalização do Estado social” (BONAVIDES, 2001, p. 524, citado por QUEIROZ JÚNIOR, 2006, p. 51).

Para Paulo Bonavides, o lema da Revolução Francesa - liberdade, igualdade e fraternidade – profetizou a sequência gradativa em que os direitos seriam institucionalizados. Assim, na primeira dimensão, aparecem os direitos de liberdade – civis e políticos – que correspondem em grande parte, à fase inaugural do constitucionalismo ocidental. Segundo o autor, tais direitos tem por titular o indivíduo e são oponíveis ao Estado (BONAVIDES, 2009, p.

562-563). Os direitos de segunda dimensão – caracterizados pela igualdade – são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades (BONAVIDES, 2009, p. 564-565). Na terceira dimensão – assentada sobre a fraternidade – buscou-se salvaguardar não apenas direitos de indivíduos ou de uma coletividade, mas de todo o gênero humano. Emergiram nesse momento histórico, os direitos à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e à comunicação (BONAVIDES, 2009, p. 569). A globalização fez surgir, ainda, os direitos de quarta dimensão – democracia, informação, pluralismo – que, segundo o autor, “correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social” (BONAVIDES, 2009, p. 571). Por fim, o direito à paz faria parte de uma quinta geração de direitos fundamentais (BONAVIDES, 2009, p. 579).

Norberto Bobbio explica que os direitos fundamentais nasceram em decorrência do momento histórico. Segundo o autor, “nascem quando devem ou quando podem nascer” (2004, p. 26). Esses direitos, ou pretendem limitar o poder do Estado, através de um não-agir (primeira fase – direitos de liberdade), ou exigem uma ação positiva do Estado, atuando como garantidor e protetor (segunda fase – direitos sociais) (BOBBIO, 2004, p. 26). O jurista critica a busca por um fundamento absoluto para justificar os direitos dos homens, pelo fato de que estes direitos se modificam de acordo com o momento histórico e são, muitas vezes, antinômicos, como os direito à liberdade e os direitos sociais (BOBBIO, 2004, p. 41). Admite que é inegável a existência de uma crise dos fundamentos, mas que esta crise não reside na dificuldade de reconhecer os direitos, mas sim, de protegê-los e aplicá-los (BOBBIO, 2004, p. 43).

1.3 DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO

O trabalho era visto como castigo no mundo antigo, tanto que era realizado predominantemente por escravos, e não pelos cidadãos livres. Alice Monteiro de Barros explica que, paralelamente aos escravos, existiam aqueles que desenvolviam atividade autônoma, em regime de liberdade, como os artesãos (2009, p.56). Por volta do ano 700 a.C., existia, em Roma, outro tipo de organização de trabalho, conhecida como *collegia*. Segundo Carmen Camino, a *collegia* eram corporações onde o trabalho era organizado agrupando-se os trabalhadores em suas diversas profissões; contudo, não podia ser considerado um trabalho livre, tendo em vista que era vedado aos trabalhadores deixar de exercer a profissão e seus filhos ou genros eram obrigados a seguir a mesma atividade profissional dos pais ou sogros (2004, p. 28).

Na Idade Média, decaiu o trabalho escravo, dando espaço para o regime de servidão praticado no feudalismo. Os servos não eram considerados propriedade, como os escravos, mas estavam sujeitos a um tratamento muito próximo, sendo obrigados a pesadas cargas de trabalho e podendo sofrer castigos físicos de seus senhores (BARROS, 2009, p. 58-59).

Carmen Camino explica que, “embora miseráveis e submetidos a toda sorte de restrições, (os servos) tinham assegurados alguns poucos e inexpressivos direitos”, dentre os quais, menciona, “uso dos pastos, herança de objetos pessoais e animais, geralmente absorvidos pelos impostos abusivos que pagavam aos seus senhores”. A autora salienta, ainda, que os servos poderiam ser objeto de cessão

e eram compulsoriamente mobilizados nas guerras (CAMINO, 2004, p. 29).

A partir do século X surgiam as comunas – centros de interesse de artesãos e mercadores, que evoluíram para as corporações de ofício (BARROS, 2009, p. 58-59). Segundo Carmen Camino, as corporações de ofício “nasceram da reação natural dos servos da gleba ao poder abusivo de seus senhores” (2004, p. 29), e eram estruturadas hierarquicamente, tendo no topo, o mestre, na escala intermediária, os oficiais, e na base, os aprendizes. Os mestres detinham todo o poder concentrado em suas mãos, o que acabou por gerar a insatisfação dos oficiais, que se organizaram em grupos para reivindicar melhores condições de trabalho. As corporações de ofício sucumbiram, definitivamente, com a Revolução Francesa de 1789, pois o ideário de liberdade individual era incompatível com a existência de entes coletivos (CAMINO, 2004, p. 30).

Após a Revolução Francesa, que pregava os valores de igualdade, liberdade e fraternidade, considerava-se que o indivíduo detinha liberdade plena para dispor de sua força de trabalho, e não era permitida a intervenção do Estado na relação de emprego. Contudo essa pretensa liberdade não atendeu aos anseios da classe trabalhadora, tendo em vista que a igualdade formal entre as partes da relação de emprego desconsiderava o estado de sujeição e dependência do emprego em relação ao empregador. Nas palavras de Fábio Rodrigues Gomes:

A liberdade individual e a igualdade formal do homem, tidas como garantias constitucionais inalienáveis, serviram, na verdade, para encobrir o predomínio absoluto da vontade do empresário na fixação das cláusulas contratuais, trazendo resultados de uma crueldade ímpar, seja no ambiente de labor (jornadas de trabalho esgotantes, salários de fome,

condições insalubres e o avanço sobre as chamadas médias forças de trabalho – a mulher e o menor, seja na vida social (pobreza generalizada, prostituição, criminalidade, alcoolismo, epidemias, analfabetismo e desemprego). Eis aí a origem da moderna questão social. (GOMES, 2008, p. 323).

O Direito do Trabalho nasceu, assim, em decorrência da imensa exploração que os trabalhadores assalariados sofriam. As reivindicações buscavam o direito a uma regulação mínima do trabalho, tal como, limitação da jornada diária e semanal.

Carmen Camino observa que “a luta secular da Humanidade, na sua persistente e admirável busca do direito de trabalhar dignamente, está plasmada em dor e sangue” (2004, p. 25). A autora entende que é incorreto atribuir as conquistas do século XIX, no âmbito trabalhista, apenas à concessão da burguesia liberal, porque, para ela, decorreram, também, das lutas dos trabalhadores, através de mecanismos como, greves, sabotagens e boicotes, dentre outras ações coletivas (2004, p. 25-26).

Fábio Rodrigues Gomes explica que os trabalhadores uniram-se em sociedades de classe para lutar contra a pressão do liberalismo, mas que, obviamente, a burguesia não aceitou as reivindicações, utilizando-se do direito de liberdade e da proteção da autonomia privada para impedir a intervenção estatal. Por esse motivo, a atividade sindical foi considerada ilícita. Diante do empasse, o Estado se obrigou a legislar sobre condições de trabalho. Segundo o autor, “(...) pela primeira vez, desde o advento da era moderna, é permitido ao ente público descruzar os braços e interferir nas relações privadas” (2008, p. 325).

A Constituição francesa de 1848 incorporou, em seu art. 13, diversos direitos sociais de responsabilidade do Estado para com a

classe trabalhadora. Fábio Rodrigues Gomes chama atenção para a importância da intervenção da igreja católica na formação da “noção do trabalho como dimensão da dignidade da pessoa humana” (2008, p. 327).

No entanto, a Constituição mexicana de 1917, segundo Fábio Konder Comparato, foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, seguida pela Constituição de Weimar, em 1919 e pelas Convenções aprovadas pela recém-criada Organização Internacional do Trabalho, a OIT, que regularam a limitação da jornada de trabalho, o desemprego, a proteção da maternidade, a idade mínima de admissão de empregados nas fábricas e o trabalho noturno de menores de idade nas indústrias (COMPARATO, 2010, p. 190). Comparato explica que a Constituição mexicana foi a primeira a desmercantilizar o trabalho, ou seja, proibir a equiparação do trabalho a uma mercadoria qualquer (2010, p. 193).

Em 1918, foi aprovada na ex-União Soviética a Declaração do Povo Trabalhador. Nas palavras de José Afonso da Silva, essa declaração não se limitava a reconhecer direitos econômicos e sociais, dentro do regime capitalista, mas a realizar uma nova concepção da sociedade e do Estado e, também, uma nova ideia de direito, que buscasse libertar o homem, de uma vez por todas, de qualquer forma de opressão (1996, p. 160).

De acordo com Cláudia Angnes e Marciano Buffon, a primeira Constituição brasileira a tratar especificadamente do Direito do Trabalho foi a Constituição de 1934, que garantiu a liberdade sindical, isonomia salarial e salário mínimo. Em 1937, após o golpe militar, foi outorgada uma nova Constituição, que restringiu a liberdade sindical e definiu a greve como delito. Nesse período, várias normas esparsas

acerca do direito do trabalho foram reunidas, dando origem à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Segundo os autores, a Constituição de 1946 foi considerada uma das mais avançadas da época, pois elevou o direito do trabalho, novamente, como um dever social, que tinha como objeto assegurar a todos uma existência digna. Dentre os direitos assegurados, incluía-se: participação nos lucros obrigatória; higiene e segurança do trabalho; proibição do trabalho a menores de 14 anos e de trabalho noturno a menores de 18 anos; licença à gestante, preferência de emprego ao trabalhador nacional; indenização por dispensa sem justa causa e estabilidade, na forma da lei (ANGNES; BUFFON, 2010, p. 58-59).

Nessa época, o direito ao trabalho também alcançou grande relevância no cenário internacional. A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, em seu art. 23, dispôs sobre o direito ao trabalho e a necessidade de proteção do trabalhador contra o desemprego, nos seguintes termos:

- I) Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
 - II) Todo o homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
 - III) Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
 - IV) Todo o homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.
- (<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>).

De acordo com Alice Monteiro de Barros, a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969, introduziram a cogestão e o regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), que conviveu com o regime de estabilidade decenal e da indenização,

cabendo ao trabalhador optar por um deles (BARROS, 2009, p. 77). Segundo Agnes e Buffon, o trabalho foi descrito nessa Constituição, pela primeira vez, como “instrumento promotor da dignidade humana, e a ordem econômica teve na valorização do trabalho um dos seus princípios” (2010, p. 60).

Essa Constituição, no entender de Carmen Camino, também trouxe retrocessos, pois diminuiu a idade mínima para trabalhar de 14 para 12 anos, vetou a greve em serviços essenciais e limitou a competência da Justiça do Trabalho, deslocando para a Justiça Federal os litígios envolvendo servidores públicos federais (2004, p. 42), embora, como salientado por Alice Monteiro de Barros, tenha estabelecido a aposentadoria integral para a mulher aos 30 anos de serviço, mantendo-lhe a proibição ao trabalho insalubre (2009, p. 77). Por fim, a Constituição Federal de 1988, consagrou o direito do trabalho como direito fundamental, incluindo-o entre os princípios e valores fundamentais do estado Brasileiro.

O direito ao trabalho digno também foi previsto no art. 6º do Protocolo adicional ao Pacto de San José da Costa Rica sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assinado em 1988, que assim dispõe:

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita.
2. Os Estados Partes comprometem-se a adotar medidas que garantam plena efetividade do direito ao trabalho, especialmente as referentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional, particularmente os destinados aos deficientes. Os Estados Partes comprometem-se também a executar e a fortalecer programas que coadjuvem um adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito ao trabalho. (http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm).

Norberto Bobbio alerta que, apesar de sua importância como direito social (pois possibilita a consecução de todos os outros), o direito do trabalho não é totalmente garantido na prática. Para ele, as condições econômicas dos países em desenvolvimento não permitem realizar a maioria dos direitos sociais, apesar dos programas ideais. O jurista explica que não basta fundamentar ou proclamar o direito, nem tampouco protegê-lo, pois o problema da sua realização depende do grau de desenvolvimento da sociedade “e, como tal, desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica” (BOBBIO, 2004, p. 63-64).

Leonardo Vieira Wandelli aponta um paradoxo em relação ao direito ao trabalho. Se, por um lado, o trabalho é visto como direito indispensável para se garantir a sobrevivência, por outro, aparece como uma obrigação e a sua precariedade e risco iminente da perda raramente propicia uma vida digna e plena (WANDELLI, 2012, p. 28-29). Wandelli demonstra que existe um esvaziamento na própria noção de trabalho, que é visto, por diversos autores, como simples meio de garantir a subsistência, mas não como forma de desenvolvimento do ser humano (2012, p.42). Explica que, na sociedade capitalista atual, o trabalho assalariado é marcado por diversos mecanismos estruturais de violência e poder. Portanto, entende que é preciso pensar o conteúdo do direito do trabalho para além do reducionismo capitalista (2012, p. 46).

Segundo o autor, a visão do trabalho como mero esforço para se obter resultado transforma-o em um “mal necessário”, que deve ser eliminado o quanto antes. Essa visão simplista e negativista do trabalho é o que muitas vezes impede sua efetiva proteção. Trabalhar,

de acordo com Wandelli, “aponta para o sujeito, que mobiliza suas capacidades para, na relação com o mundo material, transformar-se e se autorrealizar-se” (WANDELLI, 2012, p. 63). Assim, entende que, embora possa gerar o pior, em termos de degradação da saúde, alienação e reprodução de práticas sociais de violência, o trabalho também é capaz de gerar o melhor, “como mediador insubstituível para a saúde, a autonomia, a aprendizagem moral e política e a emancipação”. Por essa razão, não basta proteger os trabalhadores dos possíveis efeitos nocivos do trabalho. Deve-se, também assegurar as condições para que o trabalho possa desempenhar seu papel constitutivo para o sujeito (WANDELLI, 2012, p. 64).

De acordo com Cláudia Angnes e Marciano Buffon, não basta reconhecer ao trabalho o valor de direito fundamental; é preciso torná-lo viável. Para os autores, “a promoção e efetivação do direito ao trabalho implicam o auxílio à compensação das desigualdades sociais, no exercício da liberdade e da igualdade reais e efetivas e, por consequência, na fruição da vida digna (2010, p. 63).

1.4 DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

A constituição Federal de 1988 elencou, dentre os princípios e valores fundamentais da pessoa humana, o trabalho. Já no seu artigo 1º, o trabalho foi incluído como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, nos seguintes termos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa [destaques acrescentados];

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 21/01/2013).

A valorização do trabalho humano também foi erigida a fundamento da ordem econômica, nos termos do caput do artigo 170, da Carta Magna de 1988:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...).

(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 21/01/2013).

O capítulo II, do título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) da Carta Constitucional de 1988, trata “Dos Direitos Sociais”, elencando como tais, no artigo 6º, os seguintes direitos: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

O Direito do Trabalho, como visto, foi enumerado no rol dos direitos sociais, sendo delineado, especificamente, nos artigos 7º a 11, assim como em outros dispositivos da Constituição. De acordo com Carlos Henrique Bezerra Leite, “a Carta democrática de 1988 (...) é extremamente analítica e, sem dúvida, uma das mais avançadas do mundo, pelo menos no que diz respeito aos direitos sociais” (1997, p. 22). O autor ressalta que o “valor social do trabalho”, em sua acepção mais ampla, “constitui postulado básico da dignidade da pessoa humana e corolário da própria cidadania (CF, art. 1º, II, III e IV)” (LEITE, 1997, p. 25).

Para Fábio Rodrigues Gomes, o Direito do Trabalho inserido na Carta Magna de 1988 tem sua fonte no princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo o autor, é através do trabalho que o ser humano alcança sua autonomia, autorrespeito, independência e liberdade. Nas suas palavras:

(...) por mais que haja intervenção estatal na qualificação e na concessão de necessidades consideradas básicas à sobrevivência digna do indivíduo, é através do mercado (e mais propriamente do trabalho exercido no mercado) que ele (o indivíduo) alcança a fruição dos outros

direitos fundamentais, incluindo aí o mais básico e elementar: o direito à vida.

(...) tal capacidade lhe abrirá as portas para a participação soberana na vida pública, uma vez que, tendo conseguido, por sua conta, o mínimo essencial à sobrevivência digna (e.g., alimentos, educação, saúde e moradia), estará livre de coerções materiais e, pois, de “ataques” assistencialistas (e populistas) que porventura venham a impedir (ou constranger) sua deliberação autônoma e democrática sobre as prioridades e o destino da sociedade que (verdadeiramente) integra (GOMES, 2008, p. 64-65).

O jurista acrescenta que o trabalho representa não apenas um instrumento para a conquista da autonomia do indivíduo, mas também a própria materialização do plano de vida que o homem traça para si (GOMES, 2008, p. 65). Salienta, ainda, o valor social do trabalho, porque é através dele que a sociedade de massa tenta superar a escassez dos meios de sobrevivência, motivo pelo qual, todos os trabalhadores devem ser tratados com igual respeito e consideração (2008, p. 66-67).

Carmen Camino também entende que a Constituição promulgada em 1988 trouxe avanços significativos na área dos direitos sociais, ao integrá-los no rol de direitos e garantias fundamentais (2004, p. 42). A doutrinadora observa que o legislador foi minucioso ao tratar do tema, elencando, no artigo 7º, diversos direitos, tais como, a proteção da relação de empregado contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (inciso I); a redução da carga horária semanal para 44 horas (inciso XIII) e a garantia mínima de acréscimo de pelo menos 50% sobre as horas extras (inciso XVI). Dentre os avanços, cita, ainda, o acréscimo de 1/3 na remuneração das férias, a equiparação do trabalhador avulso ao trabalhador com vínculo de emprego, a contemplação de alguns dos direitos descritos também aos trabalhadores domésticos e o elastecimento do prazo prescricional para cinco anos, até dois anos após extinto o contrato de trabalho, para os trabalhadores urbanos. Também no plano das relações coletivas, observa que o direito de greve foi amplamente assegurado (art. 9º), e que a liberdade sindical foi parcialmente consagrada (art. 8º) (CAMINO, 2004, p. 42-43).

Segundo Alice Monteiro de Barros, a Constituição Federal de 1988, trouxe importantes inovações e alterações, a começar pela equiparação entre empregados urbanos e rurais. Menciona que o FGTS foi estendido aos trabalhadores rurais e passou a ser a regra, desaparecendo a opção do emprego

no seu ingresso, pois desapareceu, a partir de então, a figura da estabilidade decenal (assegurado o direito aos trabalhadores que fizeram a opção antes da nova regra); o salário mínimo passou a ser nacionalmente unificado; o piso salarial, antes considerado inconstitucional, passou a ser contemplado; dentre outras diversas inovações (2009, p. 79).

A autora observa, ainda, que essa Constituição preocupou-se proteger o mercado de trabalho da mulher, no inciso XX do art. 7º, através de incentivos específicos. Menciona a possibilidade de adotar-se as chamadas “ações afirmativas”, com o objetivo de conceder certas vantagens a certo grupo de pessoas (no caso, as mulheres) que se encontram em desvantagem no contexto social, com o objetivo de corrigir as desigualdades (BARROS, 2009, p 80-81).

Queiroz Júnior classifica os direitos fundamentais em direitos fundamentais de defesa, direitos fundamentais à prestação e direitos fundamentais à participação, sendo os direitos fundamentais à prestação subdivididos em direitos fundamentais à proteção normativa ou fática e direitos fundamentais a prestações materiais (2006, p. 106).

No âmbito do Direito do Trabalho, os direitos fundamentais à defesa seriam aqueles que tratam de abstenção do Estado, visando garantir a liberdade e não discriminação, a exemplo do inciso XIII e XIV do artigo 7º, que tratam da duração de jornada, e do *caput* do mesmo dispositivo, que estabelece igualdade entre trabalhadores urbanos e rurais (2006, p. 107).

Nos direitos fundamentais à prestação (subdividido em proteção normativa e prestação materiais), estariam aqueles direitos que exigem uma postura ativa do Estado, protegendo os titulares contra ingerência externa de terceiros, através da edição de normas ou exigindo-se prestações materiais do Estado. Inserem-se na categoria de normas protetivas, no artigo 7º, os incisos I (proteção contra despedida arbitrária), X (proteção do salário, na forma da lei), XX (proteção do mercado de trabalho da mulher), entre outros. No subgrupo dos direitos fundamentais à prestações fáticas encontram-se os incisos III (FGTS), IV e VII (salário mínimo fixado em lei, inclusive para os que recebem remuneração variável), VIII (décimo terceiro salário), entre outros (2006, p.108-111).

Por fim, o autor define os direitos fundamentais à participação como sendo aqueles que, “possuindo características mistas de direitos de defesa e a

prestações, visam a garantir a participação dos cidadãos na vida política do País, na formação da vontade política do Estado e que correspondem, destarte, aos direitos políticos, em sentido lato (...)"'. Como exemplo, menciona o disposto nos artigos 3º da Lei 8036/1990 e 3º da Lei 8212/1991, que asseguram a participação de representantes dos trabalhadores no Conselho Curador do FGTS e no Conselho Nacional da Previdência Social (QUEIROZ JUNIOR, 2006, p.112-113).

Como visto, a Constituição Federal de 1988 trouxe diversos avanços na área social, principalmente no que tange ao Direito do Trabalho, englobando normas protetivas (que exigem prestações materiais ou normativa por parte do Estado ou particulares), de participação do cidadão e de abstenção do Estado. Não apenas procurou garantir o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII), como preocupou-se em assegurar o direito ao trabalho digno, através de regras protetivas. Nesse sentido, asseveram Angnes e Buffon:

Diante da importância reconhecida constitucionalmente do direito ao trabalho e da análise dos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, é possível verificar que a promoção do trabalho poderá ser um eficaz instrumento para atenuar as desigualdades e auxiliar na promoção de uma sociedade livre, justa e solidária (ANGNES; BUFFON, 2010, p. 63).

Hermano Queiroz Júnior entende que o *caput* do artigo 7º da Constituição Federal de 1988 permite que, além dos direitos expressamente arrolados nos seus incisos, também se assegure como direitos fundamentais dos trabalhadores todos aqueles que, "dotados do atributo da fundamentalidade em sentido material, possam ser reconduzidos à dignidade da pessoa humana", ainda que conferidos em sede de legislação infraconstitucional" (2006, P. 86). O autor assim define os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores:

(...) todas aquelas posições jurídicas concernentes a esta classe de pessoas e reconduzíveis, mediata ou imediatamente, à sua dignidade de pessoa humana, que, do ponto de vista do Direito Constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera da disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, lhes possam ser equiparadas, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal. (QUEIROZ JÚNIOR, 2006, p. 86).

Observa-se, assim, que a Constituição Federal de 1988, além de destacar diversos direitos dos trabalhadores, no artigo 7º, ainda permitiu, com a inclusão da frase “além de outros que visem à melhoria de sua condição social” no *caput* do dispositivo, que outros direitos, além dos arrolados, fossem alçados à condição de direitos fundamentais, por equiparação àqueles já constantes em seus incisos.

Leonardo Vieira Wandelli observa que o direito fundamental ao trabalho não é idêntico ao direito fundamental do trabalho. Enquanto este refere-se “às normas materialmente fundamentais de proteção ao trabalho”, aquele, por sua vez, “constitui o direito primeiro que, a par de ter uma normatividade própria, também constitui, **com outros direitos** (destaque no original), o fundamento desses conteúdos jusfundamentais, nos quais se desdobra e especifica” (2012, p. 223-224).

Segundo o autor, a Constituição Federal brasileira de 1988 atribuiu ao trabalho “a força jurídica de uma valor social elevado à máxima hierarquia e que, com a livre-iniciativa, é fundamento da República (art. 1º, IV), ao lado e intimamente ligado à dignidade da pessoa humana” (2012, p. 226). Nesse sentido, Wandelli ainda observa:

Explicito, pois, o vínculo direito entre dignidade e direito ao trabalho. No discurso constitucional o trabalho excede em muito a dimensão do ter, por meio de benefícios, mas diz respeito diretamente à dimensão do ser, dos aspectos mais essenciais da existência digna, a serviço da qual se coloca a ordem normativa (2012, p. 226).

Hermano Queiroz Júnior assevera que, quando comparada aos regimes constitucionais anteriores, a Constituição de 1988 trouxe inovações, a começar pela própria terminologia “direitos e garantias fundamentais”, (nas anteriores, utilizava-se da expressão “direitos e garantias individuais”). A localização dos direitos fundamentais, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, também representou importante inovação ao ressaltar sua importância como “parâmetro hermenêutico e axiológico de toda ordem constitucional e jurídica que ostentam (...)” (QUEIROZ JUNIOR, 2006, p. 101). Os direitos fundamentais sociais, dentre eles, o dos trabalhadores, foram inseridos no rol dos direitos e garantias fundamentais, ao contrário do que ocorria nas Constituições anteriores,

quando estavam localizados no capítulo da ordem social e econômica (2006, p. 101).

Verifica-se que a Constituição Federal de 1988, por mais evoluída que possa ser, quando comparada com as anteriores, nem sempre é capaz de garantir que os princípios e garantias fundamentais elencados em seus artigos e incisos sejam, de fato, aplicados na prática. Diversos dispositivos dependem de regulamentação para serem aplicados, como é o caso do inciso I do artigo 7º, que visa proteger a relação de emprego contra a despedida arbitrária. Até hoje, 25 anos após a promulgação da Carta Constitucional, não foi editada a lei complementar que disciplinará a mencionada proteção.

2 DIREITO POTESTATIVO DO EMPREGADOR E A NECESSIDADE DE PROTEGER O TRABALHADOR DA DESPEDIDA SEM JUSTA CAUSA E ARBITRÁRIA

Direitos potestativos são aqueles direitos que não admitem contestação; que dependem unicamente da vontade de seu titular. Fernando Noronha traz a seguinte definição (2007, p. 56-57):

Potestativos são os direitos que permitem a uma pessoa, por simples manifestação unilateral de sua vontade (isto é, sem necessidade de concurso de qualquer outra pessoa), modificar ou extinguir uma relação jurídica preexistente, que é de seu interesse. As pessoas sujeitas a direitos desse tipo não têm propriamente uma obrigação, estão em posição puramente passiva, chamada de sujeição, ou estado de sujeição.

O autor explica que o direito potestativo, diante da possibilidade de alterar situações jurídicas de que participam outras pessoas por simples manifestação de vontade de seu titular, só poderá existir quando for expressamente previsto pelo ordenamento jurídico ou em contrato (NORONHA, 2007, p. 58). São exemplos de direitos potestativo o direito de revogar procuração (art. 682, I, Código Civil); o direito do locador de imóvel rescindir o contrato por falta de pagamento (arts. 9º, III, da Lei 8.245/1991) e o direito do empregador de dispensar o empregado sem justa causa (art. 479 da CLT).

Segundo Maurício Godinho Delgado, o direito potestativo constitui-se como “uma prerrogativa assegurada pela ordem jurídica a seu titular de alcançar efeitos jurídicos de seu interesse mediante o exclusivo exercício de sua própria vontade” (2010, p. 615). O autor critica a radicalidade da ideia inerente a esse conceito; entende que há uma agressão à noção de sociabilidade, ao permitir o exercício máximo da soberania da vontade particular. Nas suas palavras, “a concepção potestativa corresponde ao elogio do individualismo possessivo inerente ao mercado capitalista” (2010, p. 615).

No entender de Miguel Reale (2009, p. 261), essa definição é, imprópria. O autor considera, inclusive, que as palavras “direito” e “potestativo” são inconciliáveis. Para ele, o que existe é uma relação do tipo poder-sujeição, pois “trata-se, em suma, de situações de poder, caracterizadas pela eminência

reconhecida a uma das partes ou pessoas partícipes da relação jurídica” (2009, p. 261).

Essa definição de direito potestativo como sendo um poder absoluto de uma das partes de decidir unilateralmente, em contrapartida a uma sujeição da outra parte, de simplesmente acatar essa decisão, na prática, se aplica perfeitamente às relações entre patrão e empregado, pois o contrato do trabalho, como visto, não supõe igualdade real entre as partes. Segundo Arnaldo Boson Paes (2012, p. 13), o contrato de trabalho, apesar de compreender uma relação *inter privatos*, não se estabelece entre indivíduos iguais e com plena autonomia. Em suas palavras:

Emerge do contrato uma relação jurídica vertical, desigual e de sujeição, na qual uma das partes detém posição proeminente e que reside na capacidade diretiva atribuída ao empregador, manifestada no poder de direção que lhe é imanente. Em decorrência dessa proeminência, resulta que o trabalhador tem mitigado seu poder de autodeterminação e sua liberdade está limitada (PAES, 2012, p. 13).

A subordinação jurídica é elemento essencial para a caracterização da relação empregatícia, sendo obrigação do empregado, segundo a concepção clássica, prestar serviços segundo as ordens do empregador, sem liberdade de escolha. Esse poder de sujeição reconhecido ao empregador, de acordo com Valdete Souto Severo, não se relaciona à subordinação que caracteriza a relação de emprego, mas sim, “faz parte de uma lógica disciplinante pela qual impedimos, conscientemente ou não, revoluções sociais” (SEVERO, 2011, p. 34).

Portanto, o contrato de trabalho já surgiu impregnado da ideia de sujeição do empregado perante o empregador, que detém o controle e poder absoluto sobre todos os elementos da relação, inclusive, acerca do rompimento do contrato. Segundo Arnaldo Boson Paes, prevalece a tese de que a existência de um poder de direção do empregador tem fundamento contratual. Na sua opinião:

Isso decorre da natureza assimétrica do contrato de trabalho, em que um dos contratantes, no caso o empregador, neste aspecto, detém superioridade jurídica, com extenso e profundo conjunto de prerrogativas, com elevado poder de conformação do contrato, podendo alterar, inclusive unilateralmente, as condições de trabalho” (PAES, 2012, p. 10)

Orlando Gomes e Elson Gottschalk explicam que o poder de direção geral, constituído dos poderes disciplinar e regulamentar, “revela o estado de sujeição do empregado e constitui elemento característico do contrato de trabalho” (GOMES; GOTTSCHALK, 2006, p. 70). Os autores salientam que o empregador adquire, no contrato de trabalho, um “direito contínuo sobre a atividade do empregado, durante o curso da relação” e que esse direito de direção se exterioriza através do poder disciplinar (2006, p. 70).

Valdete Souto Severo sustenta que a concepção clássica de subordinação já vem sendo superada pela doutrina, que tenta identificá-la como “a inserção do trabalho, e não do trabalhador, nas atividades da empresa, a fim de limitar o exercício desse poder social” (2011, p. 31-32). A autora explica a ideia de subordinação objetiva nos seguintes termos:

A noção de subordinação objetiva tem o mérito de reconhecer que não existe um poder inato de controle e sujeição do empregado, nem é possível identificar aí uma das características da relação de trabalho. O que a torna única, dentro de um sistema jurídica complexo, é o fato de o trabalhador (que não se separa da mão de obra que realiza) prestar uma força de trabalho necessariamente sujeita (subordinação) à finalidade da empresa, à sua razão de ser. Nesse sentido, a doutrina contemporânea converge para a conclusão de que a subordinação não se caracteriza por uma relação de poder entre pessoas, mas de necessária inserção das atividades em um contexto de previsibilidade e ordem, dentro do qual a mercadoria é produzida ou o serviço é prestado pela empresa (SEVERO, 2011, p. 32).

Na medida em que a sociedade evolui, busca-se cada vez mais um equilíbrio entre os sujeitos da relação de emprego. A possibilidade de o empregador exercer um direito absoluto de rescisão do contrato, sem qualquer restrição, não é socialmente aceito ou economicamente desejável, além de ferir o direito fundamental ao trabalho, elencado pela Constituição Federal de 1988.

Na opinião de Valdete Souto Severo, a necessidade de direcionamento da atividade trata-se, na verdade, de um dever do empregador, e não de um poder. A autora assevera que “a existência de um dever de direção da atividade não contempla, portanto, o poder punitivo ou mesmo o poder 'potestativo' de extinguir um vínculo de trabalho” (SEVERO, 2011, p. 34). Em nota, ainda acrescenta:

Não se sustenta juridicamente o comportamento cordato da sociedade com o exercício de um poder punitivo dentro do contrato de trabalho. A

aplicação d penalidade como advertência ou suspensão, além de carecer de previsão legal expressa, retrata uma insistente ligação entre a moderna relação capital x trabalho e a medieval relação que se estabelecia entre senhor e servo. Apenas uma cultura escravocrata e sectária poderia legitimar, por exemplo, a possibilidade de o empregador suspender o empregado, impedindo-o de trabalhar e de receber salário, em face de um atraso no início de suas atividades. Note-se que o contrário não é absolutamente aceito em nossa sociedade. Ninguém sequer questiona a possibilidade de o empregado aplicar alguma penalidade ao empregador que não fornece os EPIs ou atrasa o pagamento de salários, por exemplo (SEVERO, 2011, p. 34).

A questão, portanto, está diretamente relacionado com a evolução histórica da relação de trabalho, que coloca uma das partes - no caso, o empregador -, em posição de superioridade em relação à outra parte - o empregado. Uma relação contratual justa, no entanto, pressupõe a igualdade entre as partes, do que se conclui que a existência de um poder disciplinar e unilateral do empregador de aplicar sanções ao empregado, inclusive podendo exercer um suposto “direito potestativo” de rescindir unilateralmente e sem qualquer motivação o contrato de trabalho, não se coaduna com os objetivos de uma sociedade que se diz democrática e respeitadora de direitos fundamentais da pessoa humana.

Segundo Valdete Souto Severo, o sistema capitalista “é geneticamente portado a produzir excluídos”, portanto, o alto índice de desemprego não o surpreende e, por esse motivo, há uma banalização da condição dos trabalhadores, inclusive os que perdem o posto de trabalho. A autora afirma que há uma resistência da sociedade em compreender os danos causados pela perda do emprego, tanto no aspecto pessoal, emocional, como material (SEVERO, 2011, p. 43).

Contudo, as consequências da perda do posto de trabalho são imensas, já que o trabalho assalariado representa, na maioria das vezes, a única fonte de subsistência do indivíduo, além de o ambiente de trabalho ser um local onde o trabalhador se relaciona com outras pessoas e se realiza profissionalmente. Severo afirma que “é durante sua execução, que o ser humano que trabalha vive, cria laços de amizade e hábitos. Através do trabalho, constrói uma identidade, reconhece-se naquilo que faz” (SEVERO, 2011, p. 44).

Leonardo Wandelli apresenta, em sua obra *Despedida Abusiva*, diversos dados acerca do elevado número de desempregados e trabalhadores em subempregos. O autor aponta como fonte relatório da OIT que revela que,

atualmente, um terço da população economicamente ativa do mundo procura e não encontra emprego ou está subempregada; que há mais de 3.000 falecimentos diários provocados por acidentes ou doenças do trabalho; que 90% da população em idade de trabalhar não têm uma proteção social adequada; e que 50% dos habitantes do planeta têm renda diária inferior a dois dólares (WANDELLI, 2004, p. 36-37).

Além da questão meramente da subsistência, existem outros aspectos importantes dos indivíduos que também são atingidos no atual sistema capitalista vigente. Wandelli menciona aspectos como desenvolvimento de vida, autorrealização criativa, individual e coletiva (2004, p. 37). Já para o empregador, não são observadas as mesmas consequências na ruptura de um vínculo de emprego, já que a saída de um empregado reflete apenas o interesse econômico da empresa. No atual sistema capitalista, um empregado é facilmente substituído por outro, o que lhe dá a sensação de descartabilidade.

Para Wandelli, a banalização da despedida injusta traduz-se em uma banalização do mal (2004, p. 88). O autor questiona o fato de que, “se o próprio sistema fornece os parâmetros necessários para se coibir a despedida abusiva, por que se constata tanto silêncio (eloquente, pois) a tal respeito na doutrina e na jurisprudência?” (2004, p. 92).

2.1 RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO POTESTATIVO – CRIAÇÃO DE HIPÓTESES DE PROTEÇÃO AO EMPREGO

Um contrato lícito, teoricamente, pressupõe igualdade entre os sujeitos contratantes e respeito a sua autonomia privada. Ou seja, os contratantes têm liberdade para definir as cláusulas contratuais, sem intervenção estatal. Segundo Valdete Souto Severo, até mesmo os doutrinadores mais liberais concordam que é necessária uma limitação da autonomia privada como forma de possibilitar o exercício da liberdade real. Na opinião da autora, “preservar a autonomia depende diretamente de limitá-la, sobretudo num contexto de relações que se entrelaçam, nas quais direitos fundamentais muitas vezes estão em choque” (SEVERO, 2011, p. 37-38). Portanto, o que sugere a autora é que ambas as

partes da relação tenham a possibilidade de exercer sua autonomia na formação do contrato, o que somente pode ser conquistado com a limitação das mesmas como forma de evitar que a vontade de um sujeito se sobreponha sobre a de outro.

A diferença entre um Estado Liberal de Direito e um Estado Social de Direito, segundo Severo, “repousa justamente em uma nova concepção de sociedade, como conjunto de cidadãos em que uns têm responsabilidade pelo bem-estar dos outros” (SEVERO, 2011, p. 41). Ou seja, o limite da autonomia de um sujeito é o respeito aos direitos fundamentais do outro.

A realidade fática, no entanto, é outra. A grande maioria dos empregados não tem a menor possibilidade de exercer autonomia dentro do contrato de trabalho. Segundo explica Leonardo Vieira Wandelli, “não há como assegurar-se liberdade e autonomia a todos. Se alguns trabalhadores individualmente podem aderir ou não a um contrato de trabalho livremente, a classe trabalhadora como um todo não tem a liberdade de deixar de ser explorada” (WANDELLI, 2012, p. 180).

A manutenção de uma ideia absoluta de “direito potestativo”, portanto, atua como mais um fator para perpetuar a desigualdade entre as partes e a negação da autonomia do empregado. A intervenção estatal, nesse cenário, torna-se necessária como forma de garantir o equilíbrio entre os sujeitos.

De início, a intervenção estatal nas relações de trabalho tratou de estabelecer regras no sentido de impedir a celebração de contratos por tempo indeterminado. Considerava-se que os contratos firmados por toda a vida aproximavam-se muito da escravidão e que não seria do interesse do empregado permanecer vinculado por um longo período de tempo. No entanto, com o tempo esta visão foi modificada, ante a constatação de que era, sim, de interesse do empregado manter-se trabalhando, por ser este seu único meio de subsistência (TEIXEIRA, 1997, p. 47).

Segundo Sérgio Torres Teixeira, o interesse na manutenção do liame não é apenas do empregado, mas também do empregador e da sociedade em geral. Para o empregador, a continuidade da relação é interessante porque pode gerar melhora na produtividade, decorrente da maior experiência do empregado e a diminuição dos riscos causados por um empregado inexperiente. Para a

sociedade, a manutenção do contrato é necessária como meio de garantir que o Estado moderno satisfaça os seus objetivos de assegurar uma ocupação para todos e, ainda, por “reduzir o peso sobre a previdência social, além de contribuir para o seu custeio e para o processo de geração da riqueza nacional” (1997, p. 47).

Diante de tal constatação, o Estado brasileiro procurou proteger o trabalhador através da proibição da despedida arbitrária em determinadas situações pontuais, com o estabelecimento de estabilidades no emprego. Teixeira explica que existem duas espécies de estabilidade: a própria (proteção em sentido estrito) e a imprópria (proteção em sentido amplo), mas salienta que é comum haver uma mescla entre elas, formando-se um sistema híbrido de proteção à relação de emprego (1997, p. 48).

A estabilidade imprópria, segundo o autor, se constitui por instrumentos que visam dificultar a despedida, mas que não a impedem. São estabelecidas normas que oneram o ato demissional para o empregador como meio de persuadi-lo a não optar pela dispensa, contudo, não a obstaculiza. Segundo esse sistema, a dispensa é permitida ainda que não seja motivada por uma causa socialmente justificável. Ou seja, é incapaz de impedir que a despedida arbitrária ocorra (TEIXEIRA, 1997, p. 48). Já no sistema da estabilidade própria, são adotadas medidas que verdadeiramente limitam o direito de despedir. A dispensa é permitida apenas se estiverem presentes determinados requisitos previstos em lei. A violação de tais regras acarretam na anulação do ato resilitório e reintegração do empregado (1997, p. 49).

Conforme pontua Leonardo Wandelli (2004, p. 316-317), a Lei pioneira a tratar de estabilidade no empregado foi a chamada Lei Eloy Chaves (Decreto Legislativo n. 4.682, de 24/01/1923), que instituía as caixas de pensões das empresas ferroviárias e limitava a demissão de seus empregados que contassem com mais de 10 anos de serviço à ocorrência de falta grave constatada em inquérito administrativo. A Constituição Federal de 1934, na alínea “g” do parágrafo primeiro do seu art. 121, fixou a obrigação de indenizar o empregado despedido sem justa causa, além de estabelecer a estabilidade para empregados jornalistas (art. 131) e professores (art. 150, f). A Lei n. 62 de 05/06/1935 regulamentou a indenização e também estendeu a estabilidade nos moldes

fixados aos empregados ferroviários para comerciantes e industriários. As Constituições seguintes (1937 e 1946) não modificaram a legislação existente até então, sendo a estabilidade decenal própria prevista pela CLT de 1943, nos seguintes termos:

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 (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 19/03/2013).

A Lei n. 5.107/1966 criou o regime do FGTS - Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, estabelecendo o direito do empregado de “optar” pela estabilidade no emprego ou pelo depósito mensal de 8% do salário em conta vinculado e indenização de 10% sobre o total dos valores depositados em caso de despedida sem justa causa. No entender de Wandelli, a partir da edição dessa lei, “a linha construtiva ascendente da estabilidade converteu-se numa descendente inexorável de violenta desconstrução do instituto” (2004, p. 317).

Em verdade, não havia verdadeira possibilidade de escolha entre os institutos. O empregado que quisesse uma colocação ou manter-se no emprego tinha que aceitar o regime do FGTS, que era muito mais vantajoso para a empresa. Essa indenização foi aumentada para 40% dos depósitos do FGTS pelo art. 10, I, do ADCT da Constituição Federal de 1998, que acabou de vez com a possibilidade de opção e tornou o regime obrigatório para todos, com exceção dos empregados que já haviam adquirido a estabilidade decenal (art. 7º, III).

Além da estabilidade decenal, que havia sido estendida a todos os trabalhadores que atingissem 10 anos de serviço, foram criadas hipóteses de estabilidade transitórias para algumas situações pontuais, como a estabilidade da empregada gestante (art. 10, II, “b”, do ADCT), do empregado que sofreu acidente ou adquiriu doença do trabalho (artigo 118 da Lei nº 8.213/1991), do dirigente sindical (art. 8º, VIII, CF/1988) e do empregado representante da CIPA (art. 10, II, “a”, do ADCT), dentre outras.

Com a entrada em vigor de Constituição de 1988, procurou-se restringir o direito potestativo e irrestrito da empresa de demitir, de forma arbitrária ou sem justa, seus empregados, através do disposto no inciso I do art. 7º:

relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos” (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 19/03/2013).

Contudo, ante a ausência da edição da lei complementar relacionada no inciso I, a maioria dos doutrinadores e a jurisprudência, de forma maciça, entendem que não há essa proteção além dos casos previstos de estabilidade provisória e considera que o pagamento da indenização de 40% do FGTS, por ora, é a única “proteção” devida nesses casos.

2.2 PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA, SEM JUSTA CAUSA OU ABUSIVA

Importante destacar, de início, que despedida arbitrária não tem o mesmo significado que despedida sem justa causa. Despedida arbitrária, nos termos do art. 165 da CLT, é aquela que não se funda em motivo econômico financeiro, técnico, disciplinar ou qualquer outro justo motivo legal. Por sua vez, despedida sem justa causa é, por exclusão, aquela que não se compreende entre as hipóteses de justa causa, elencadas no art. 482 da CLT. Nas palavras de Leonardo Wandelli, “toda despedida arbitrária (...) é sem justa causa, assim como toda despedida por justa causa é não arbitrária. (...) Assim, por exemplo, uma despedida fundada em motivo econômico não é arbitrária, mas é sem justa causa” (2004, p. 320-321).

Na prática, não há qualquer diferenciação jurídica entre as situações mencionadas. A despedida, sendo apenas sem justa causa ou sendo considerada arbitrária, dá ensejo a uma mera indenização ao trabalhador, sem qualquer garantia de reintegração. A obrigação legal de o empregador pagar uma indenização correspondente a 40% dos depósitos do FGTS não inibe ou limita o direito absoluto do empregador de demitir o trabalhador, sem prestar qualquer satisfação.

Ao lado das estabilidades no empregado, há outra forma de limitar o direito de despedir do empregador, consistente na vedação ao exercício da dispensa abusiva. Segundo Teixeira:

A dispensa abusiva corresponde a uma espécie particular de despedida sem justa causa, praticada em violação a interesses que transcendem a relação jurídica individual entre empregado e empregador. Além de se fundamentar em motivo não previsto em lei como capaz de legitimar a rescisão contratual por vontade unilateral da entidade patronal, a dispensa abusiva apresenta como causa um motivo transgressor de interesses sociais e/ou públicos que, apesar de circunscreverem o liame de emprego entre empregado e empregador, atingem uma órbita jurídica bem mais ampla. A dispensa, nesse contexto, passa a constituir verdadeiro abuso de direito, representando um ato anti-social, contrário ao espírito do ordenamento jurídico. (TEIXEIRA, 1997, p. 50).

A dispensa, nesse contexto, é considerada abusiva apenas quando transcende a esfera particular das partes e atinge o interesse da sociedade em geral. Wandelli afirma que, em todos os casos de estabilidade (própria e imprópria), existe uma exceção à regra permissiva da despedida e que, quando o empregador viola essas regras, não está abusando do direito, mas apenas agindo fora do “âmbito semântico da regra permitida” (2004, p. 344). Mas afirma que, na despedida abusiva, a situação é distinta. Em suas palavras:

Na despedida abusiva, diversamente, a conduta do empregador se insere em hipótese normativa autorizadora da despedida, mas que, concretamente situada, entra em conflito com outras normas aplicáveis à situação, as quais entram em questão ao se alargar a consideração dos dados relevantes e que levam à coibição daquela conduta (WANDELLI, 2004, p. 344).

A par dessas distinções e do reconhecimento de algumas hipóteses de estabilidades, faz-se necessário uma efetiva proteção dos trabalhadores em geral contra a despedida, ante aos graves prejuízos que acarreta ao trabalhador, seja ela sem justa causa, arbitrária ou abusiva.

Além do disposto no inciso I do art. 7º da Constituição Federal, que dispõe sobre a proteção da relação de emprego contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, há outras medidas protetivas previstas na legislação brasileira. Teixeira menciona a garantia do empregado público contra a despedida abusiva, diante da necessária observância, pelo empregador público, dos princípios da

administração pública direta ou indireta, previsto no caput do art. 37 da Constituição Federal, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (1997, p. 50). A dispensa realizada em transgressão a esses princípios é considerada nula.

Há, ainda, outra medida restritiva do direito de despedir, que também visa proteger o empregado da dispensa abusiva. Trata-se da Lei 9.029 de 13 de abril de 1995, que tem por finalidade coibir a prática discriminatória do empregado. Segundo Teixeira, é devido a evidente desigualdade econômica entre as partes da relação de emprego que se legitima a maior proteção jurídica ao empregado, sendo através da regra de não discriminação, por seu turno, “que se impõe de forma mais intensa o respeito às diferenças existentes entre os sujeitos das relações de emprego” (TEIXEIRA, 1997, p. 53-54).

A Lei 9.029 de 1995, “Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências”. Nesse sentido, o art. 1º da Lei dispõe:

Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm Acesso em 21/03/2013)

O art. 2º relaciona condutas que serão consideradas criminosas, tais como a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; indução ou instigamento, pelo empregador, à esterilização genética; promoção do controle de natalidade.

O art. 4º da Lei estabelece que, em caso de rompimento do contrato de trabalho por ato discriminatório, o empregado fará jus, além da reparação pelo dano moral, optar pela “readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais” ou pela “a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais”.

Teixeira alerta que o rol elencado no art. 1º não pode ser considerado taxativo, pois o próprio texto constitucional de 1988 prevê a proibição genérica de outras formas de discriminação, como por exemplo, a fundada em crença religiosa ou convicção filosófica ou política (art. 5º, inc. VIII, CF/1988). Portanto, “qualquer forma de prática discriminatória vedada na legislação pátria, pois, pode servir de base à incidência da medida proibitiva em tela, permitindo-se a concretização definitiva da dispensa apenas se o empregado assim desejar” (TEIXEIRA, 1997, p. 55).

Como visto, existem no Brasil algumas restrições a despedida arbitrária, sem justa causa ou abusiva, através das estabilidades para algumas situações especiais e de restrições a dispensas comprovadamente abusivas. No entanto, essas restrições mostram-se insuficientes para fornecer a efetiva proteção ao trabalhador. Wandelli considera que, “em condições de desemprego estrutural, a ausência de limites normativos mais intensos à despedida é a síntese da negação do reconhecimento da dignidade da pessoa do trabalhador” (2004, p. 345). O autor afirma o seguinte:

Quando se exige, a priori, do empregador, que expresse os motivos da despedida, ou se condiciona à existência de razões objetivas, mesmo verificadas a posteriori, decorrentes das necessidades da empresa ou da conduta do empregado, atribui-se ao empregador o encargo de demonstrar a presença dos condicionantes à validade da despedida. Ao se aceitar a “pura e simples” despedida, transfere-se ao empregado o encargo de promover a desconstituição ou outro sancionamento, via judicial, pelo ato abusivo (WANDELLI, 2004, p. 345).

Ainda que insuficiente, a proibição da despedida abusiva atende em parte o objetivo de proteção da relação de emprego. Mas a ausência da imposição de regras mais rígidas, que imponham a necessidade de, ao menos, motivar a dispensa (e provar essa motivação, se necessário), para permitir uma eventual defesa do empregado, impedem a concretização de uma proteção geral e real da pessoa do empregado.

Ainda que previsto na Constituição que é devida a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, como mencionado, a interpretação majoritária do dispositivo aponta para a necessidade de uma lei complementar que o regulamente. Não há, no Brasil, uma efetiva proteção que garanta a manutenção do emprego, mas apenas a imposição de uma indenização paliativa,

correspondente a 40% dos depósitos em conta vinculada ao FGTS, indenização esta que nem ao menos é gravosa o suficiente para servir como desestímulo ao ato demissional.

O Brasil, nesse cenário, se mostra atrasado em comparação a outros países que, há muito tempo, já possuem regras mais rígidas concernentes a proteção da relação de emprego. Na opinião de Valdete Souto Severo, as últimas décadas, inclusive, trouxeram um movimento de refração, diante da adoção do modelo “neoliberal”, no qual se priorizou a liberdade do mercado em detrimento da liberdade do trabalhador (2011, p. 66).

Atualmente, a preocupação do Estado brasileiro é garantir postos de trabalho, ainda que em situação precária. Fala-se muito em “flexibilização das leis trabalhistas”, como meio de garantir mais postos de emprego e a manutenção destes (SEVERO, 2011, p. 66). Ou seja, a lógica brasileira é no sentido de garantir, a qualquer custo, inclusive em detrimento de todo um histórico de lutas por melhores condições de trabalho, postos de emprego, a partir da concessão de benefícios aos empresários, com a desculpa de que, assim, aumentará o número de vagas e a competitividade internacional.

3 LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA SOBRE O TEMA

As normas internacionais que tratam da questão da despedida são importantes subsídios para analisar a situação brasileira. Alguns países estão bem avançados nessa área e a experiência deles pode servir de modelo para tratar da questão no Brasil.

Segundo Severo, o principal parâmetro internacional relativo à perda do lugar de trabalho é a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada pelo parlamento europeu em 2000, que estabelece, em seu art. 15, que todo indivíduo tem direito de trabalhar e de exercer uma profissão livremente escolhida ou aceita (*ogni individuo ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata*).

A tutela no caso de despedida arbitrária ou não justificada está definida no art. 30, segundo o qual é garantida a proteção de todo trabalhador contra a despedida injustificada, segundo às leis e práticas nacionais (SEVERO, 2011, p. 69). A Carta Social Europeia Revisada, ratificada na Itália e na Espanha em 1999, já consignava o direito à proteção em caso de despedida, no art. 24, que assim dispõe:

Direito à protecção em caso de despedimento

Com vista a assegurar o exercício efectivo do direito à protecção em caso de despedimento, as Partes comprometem-se a reconhecer:

a) O direito de os trabalhadores não serem despedidos sem motivo válido ligado à sua aptidão ou comportamento, ou baseado nas necessidades de funcionamento da empresa, do estabelecimento ou do serviço;

b) O direito dos trabalhadores despedidos sem motivo válido a uma indemnização adequada ou a outra reparação apropriada.

Para esse efeito, as Partes comprometem-se a assegurar ao trabalhador que considere ter sido objecto de uma medida de despedimento sem motivo válido direito de recurso contra essa medida perante um órgão imparcial. (Disponível em: http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/rar64A_2001.html. Acesso em 21/03/2013).

A Comunidade Europeia estabeleceu diversos regulamentos e diretivas, que tratam da questão relativa à perda do lugar de trabalho, que vinculam seus Estados- Membros, dentre as quais, Severo menciona a Diretiva 80/987/CEE, que

trata da proteção do trabalhador no caso de insolvência do empregador; a Diretiva 2001/23/CE, que regula a proteção do trabalhador no caso de sucessão empresarial; e a Diretiva 98/59/CE, que estabelece critérios para a “aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes aos despedimentos coletivos” (SEVERO, 2011, p. 71).

Na França, a ruptura do vínculo de emprego exige sempre uma causa real e séria, não importando o número de empregados, o tamanho ou a espécie da empresa. Por causa real, explica Cláudio Armando Couce de Menezes, considera-se uma razão objetiva, o que exclui, portanto, motivos subjetivos originados de conveniências ou humores pessoais e momentâneos do empregador; e a causa séria, deve ser aquela que se reveste de “uma gravidade que torne impossível, sem prejuízo para a empresa, a continuação do trabalho” (2002, p. 65).

No âmbito individual, considera-se causa real e séria, a falta profissional, a doença grave que torne impraticável a continuação da relação de emprego, a inaptidão e a insuficiência profissional. Em todos esses casos, contudo, é devida uma indenização. Apenas a falta grave retira do empregado esse direito (COUCE DE MENEZES, 2002, p. 65).

Além da exigência de que haja uma causa real e séria para a despedida, há, na França, a necessidade de se cumprir um procedimento prévio, que compreende convocação e audição do assalariado, carta de notificação, e a motivação por escrito da dispensa. Na carta de convocação, deve constar data, hora e local da entrevista, podendo o empregado ser assistido por uma pessoa de sua escolha, caso não haja órgão de representação do pessoal. Na entrevista, deve ser garantido o direito ao contraditório e impõem-se ao empregador que expresse os motivos que o levaram a decidir pela ruptura do contrato, podendo ser firmado acordo entre as partes nessa ocasião. Mantida a decisão do empregador de despedir, deve remeter ao empregado a notificação escrita da dispensa, elencados os motivos da dispensa (COUCE DE MENEZES, 2002, p. 66).

Couce de Menezes afirma que “cumpre papel extremamente relevante essa motivação escrita em caso de demanda, pois seu conteúdo fixará os limites da lide. Somente o que nela constar como causa real e séria será apreciado pelos

juízes” (2002, p. 66). O autor explica ainda que, “quando a 'carta de licenciamento' não anuncia o motivo, ou alude a um motivo fato impreciso, tem-se o equivalente a uma ausência de causa real e séria de dispensa” (2002, p. 66-67).

No direito francês vige o princípio *le risque de la preuve*, que equivale, no direito brasileiro, ao *in dubio pro operario*. Portanto, em caso de dúvida quanto à existência de uma causa real e a seriedade da dispensa, decide-se em favor do empregado. É possível, ainda, que a dispensa (individual ou coletiva) ocorra por motivos econômicos, o *licenciement économique*, definido por Couce de Menezes como aquele que, “não sendo atinente ao assalariado, resulta de uma supressão ou transformação do emprego ou da modificação substancial do contrato, especialmente ligadas a dificuldades econômicas ou a mutações tecnológicas” (2002, p. 67). A mera redução de custos salariais ou o elevado preço da mão-de-obra não configuram o *licenciement économique*.

Apesar dos requisitos acima enumerados, o autor acredita que a “sanha capitalista” para diminuir custos nem sempre permite que se impeça a prática da dispensa injustificada. Para ele, faltam medidas mais efetivas de proteção, como por exemplo, a previsão de reintegração, que só é admitida em casos especialíssimos, e ainda, maior rigor fiscal, multas e sanções administrativas e penais para quem dispensa mesmo estando com balanço positivo e alta lucratividade (COUCE DE MENEZES, 2002, p. 68).

Na Alemanha, foi editada, em 1951, a Lei de Proteção contra a Dispensa (KschG), que, segundo Valdete Souto Severo, influenciou os termos da Recomendação nº 119 e da Convenção 158 da OIT. Referida Lei fixa o dever do empregador de motivar a dispensa, exigindo-se prévia notificação por este ao Comitê de Empresa ou aos representantes dos trabalhadores (SEVERO, 2011, p. 72).

O parágrafo 2º do art. 1º da Lei estabelece os motivos nos quais pode ser fundada a dispensa ordinária: motivos relacionados à pessoa do trabalhador; motivos atinentes ao seu comportamento; graves exigências da empresa. As regras são aplicadas apenas para relações de trabalho com mais de seis meses, empresas com mais de 5 empregados e que não se enquadre como “pequena empresa”. Em 2004, o âmbito de aplicação de tais regras foi reduzido para empresas com mais de 10 empregados. (SEVERO, 2011, p. 71).

Os motivos pessoais ligados à pessoa do trabalhador, referidos pela Lei, tratam-se de doença incapacitante para o trabalho e longa duração que não melhorará e que cause prejuízos econômico excessivo à empresa, desde que não seja possível a adoção de outras medidas alternativas para preservar o emprego. As graves exigências da empresa referem-se a dificuldades econômicas ou processos de reestruturação. O controle judicial da despedida se dá pela análise, pelo juiz, da efetiva ocorrência do motivo justificador. No caso de o motivo não ser julgado válido, o direito alemão reconhece o direito do empregado a ser reintegrado, ainda que o posto de trabalho anteriormente assumido tenha sido extinto; nesse caso, cabe ao empregador recolocá-lo em outro posto na mesma unidade produtiva ou na empresa. Sendo necessário, o empregador deverá, ainda, possibilitar a formação ou requalificação profissional (SEVERO, 2011, p. 73).

Na Espanha, o Estatuto dos Trabalhadores (Lei n. 8/1980) enumera, no art. 49, as hipóteses de cessação do contrato de trabalho. Dentre as quais, se encontram as seguintes: por mútuo acordo das partes; por causas consignadas no contrato, desde que não constituam abuso de direito manifesto do empregador; por demissão do empregado; por morte ou invalidez permanente; por aposentadoria; por força maior que impossibilite a prestação de serviço; por cessação da indústria, comércio ou serviço, de forma definitiva, desde que aquela tenha sido devidamente autorizada; por vontade do trabalhador, fundada em um descumprimento contratual do empregador; por despedida do empregado; e ainda, por causas objetivas legalmente procedentes (Disponível em: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1980-5683. Acesso em 22/03/2013). A questão também está regulamentada pela Lei do Contrato de Trabalho (Decreto de 26/01/1944).

Couce de Menezes afirma que a lei espanhola traz a ideia de um “direito causal ou motivado”, e que, igualmente, “se procedimentaliza o término do contrato”, por motivos tecnológicos ou causas; causas objetivas e despedida disciplinar. O art. 56 do Estatuto dos Trabalhadores regulamenta a possibilidade de reintegração do empregado despedido por causa improcedente (COUCE DE MENEZES, 2002, p. 69-70).

Em Portugal, as hipóteses de dispensa coletiva e individual são estabelecidas de forma minuciosa, nos arts. 396 a 439 do Código do Trabalho

(SEVERO, 2011, p. 73). A lei exige que haja uma negociação previa nas hipóteses de dispensa coletiva, com intervenção do Ministério responsável pela área do trabalho. Após as tratativas, se não houver acordo, os empregados são avisados da dispensa e dos motivos alegados pela empresa. As despedidas devem ser justificadas por motivos econômicos, ligados à conduta do empregado ou à atividade da empresa (2011, p. 74).

Valdete Souto Severo pontua que, nos termos do art. 429 do Código de Trabalho Português, considera-se ilícita a dispensa nos seguintes casos:

- a) Se não tiver sido precedido do respectivo procedimento;
- b) Se se fundar em motivos políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos, ainda que com invocação de motivo diverso;
- c) Se forem declarados improcedentes os motivos justificadores invocados para o despedimento.

Os efeitos da dispensa ilícita, segundo o Código de Trabalho Português, são o pagamento de indenização e a reintegração do empregado, excetuando-se os casos em que não seja do interesse do trabalhador ser reintegrado ou, ainda, em caso de microempresa ou de trabalhador que possuía um “alto cargo”. Nesses dois últimos casos, exige-se justificação do empregador, sujeita a exame judicial (SEVERO, 2011, p. 75).

Segundo Couce de Menezes, “talvez seja o sistema jurídico português, dos três analisados até aqui (França, Espanha e Portugal), o mais contundente em termos de proteção ao trabalhador e ao emprego” (2002, p. 70), tendo em vista que, já na Constituição Federal, assegura-se, no art. 53, o “princípio da segurança no emprego”. O Decreto-Lei n. 372-A/75, seguindo a mesma linha, proibiu a despedida sem justa causa ou por motivos político-ideológicos.

Como na Espanha, em Português também exige-se uma tipificação prévia dos motivos para cessação do vínculo de emprego (art. 3º da LCCT) e a observância de um procedimento rigoroso para tanto, “com participação de representantes dos trabalhadores e, em alguns casos, de órgãos administrativos, reforçada no plano da eficácia pela natureza dessas regras (absolutamente imperativas, art. 2º da LCCT)” (COUCE DE MENEZES, 2002, p. 70). A LCCT de 1989, contudo, reduziu as formalidades para as pequenas empresas, atenuou as restrições à despedida coletiva e autorizou o encerramento do contrato decorrente

da extinção do posto e trabalho. O Decreto-Lei n. 400/1991 permitiu, ainda, o despedimento por inadaptação (2002, p. 70-71).

A Itália, ao dispor no art. 1º da Constituição de 1948 que é uma República Democrática fundada no trabalho, assim como o Brasil, elegeu o trabalho como direito fundamental. A importância do trabalho é reafirmada no art. 4º, quando se reconhece que o trabalho é direito e dever dos cidadãos italianos e que cabe à República providenciar condições que assegurem efetivamente este direito (SEVERO, 2011, p. 80).

No início, tal como aconteceu com outras nações, havia na Itália a proibição de contratar por tempo indeterminado, com o objetivo de evitar trabalhos forçados, assemelhados à escravidão. A partir do Código Civil de 1942, essa visão é modificada, reconhecendo-se a possibilidade de contratações a tempo indeterminado (art. 2118).

Embora imbuídos da mesma perspectiva em relação ao valor do trabalho na sociedade, a principal diferença entre Brasil e Itália é a forma como a questão é tratada na prática. Na Itália, o direito de despedir condiciona-se ao dever de motivar do ato. Em nota, Severo observa que, do ponto de vista formal, o mesmo dever é também contemplado no direito brasileiro “a partir de uma leitura atenta e comprometida dos termos do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal”. Para a autora, “A diferença, portanto, é bem mais material do que formal” (2011, p. 81).

Nos termos do art. 2118 do Código Civil Italiano, exige-se, apenas, que haja notificação prévia, de ambas as partes, para o rompimento do contrato de trabalho por tempo indeterminado. Em julgamento, que resultou na Sentença n. 45, a Corte Italiana, de ofício, entendeu que poderia haver contraste desta norma com o princípio fundamental do direito ao trabalho, previsto no art. 4º da Constituição, e suscitou a questão da constitucionalidade. Decidiu-se, nas palavras de Severo, que, “embora a Constituição, em seu art. 4º, não garanta plena proteção contra o desemprego, deve necessariamente ser examinado a partir da lógica da manutenção do posto de trabalho” (2011, p. 83).

Portanto, a Corte constitucional italiana, a partir de uma interpretação ampla do sistema jurídico do país, consagrou, em uma decisão ímpar e paradigmática, o dever da motivação da dispensa. A partir dessa decisão, editou-se a Lei n. 604 de 1966, que proíbe demissões fundadas em motivo

discriminatório e determina o pagamento de indenização pela dispensa, além de estabelecer o dever de motivar por escrito o ato da dispensa para empregadores com mais de 35 empregados, sob pena de reintegração (SEVERO, 2011, p. 84-85).

Em 1970, foi publicado o Estatuto dos Trabalhadores, que segundo Severo, promove um salto de qualidade quando prevê uma tutela específica (real) para proteger a manutenção ao posto de trabalho, no artigo 18, que estabelece o dever de reintegração nos casos de despedida arbitrária. Além de reintegração, há previsão do pagamento de indenização pelo período de afastamento, e das contribuições sociais e previdenciárias devidas no período. Por fim, é possibilitado ao empregado que solicite indenização substitutiva à reintegração, se esta for julgada inviável (SEVERO, 2011, p. 86-87).

Salvo algumas exceções, há na Itália, portanto, o dever de motivar a dispensa por iniciativa do empregador. Ausente a motivação ou sendo esta considerada ilícita, é cabível a reintegração ao trabalho (2011, p. 90).

Diferente de outros países, como Portugal e Espanha, que enumeram as hipóteses de despedida, a Itália optou por trazer critérios genéricos. Segundo Severo, o art. 3º da Lei n. 604/1966 relaciona critérios como “um notável inadimplemento das obrigações contratuais pelo empregado e a razões inerentes à atividade produtiva, à organização do trabalho e ao seu regular funcionamento” (2011, p. 90). A autora menciona que uma parte da jurisprudência italiana, embora minoritária, entende que cabe ao juiz uma análise da validade do mérito dos motivos invocados para a dispensa (2011, p. 93-94). Ou seja, reconhecem a necessidade de controle judicial do motivo alegado, de modo a conferir maior efetividade ao dever de motivar e, portanto, à proteção ao trabalho. Essa possibilidade de intervenção é reconhecida pela Convenção 158 da OIT, que prevê (art. 9º) que incumbe ao empregador a prova da existência dos motivos alegados para a dispensa.

Como visto, diversos países europeus, ao longo de sua história, se convenceram da importância da preservação do trabalho e editaram leis para proteger o emprego. Não só elevaram o trabalho a importante valor da sociedade, mas criaram mecanismos de efetivo controle do poder do empregador de dispensar arbitrariamente, inclusive, através de controle judicial. No Brasil,

embora o trabalho seja considerado fundamento da República, a interpretação equivocada de dispositivos que pretendem assegurar o emprego permitem que haja plena e irrestrita liberdade à empresa para despedir.

3.1 CONVENÇÃO 158 DA OIT, RATIFICAÇÃO, APLICABILIDADE NO BRASIL E DENÚNCIA

Em decorrência de uma série de estudos realizados pela Conferência Internacional do Trabalho, foi adotado, em 1963, o primeiro instrumento internacional que tratou da questão da terminação da relação de trabalho: a Recomendação n. 119. Cássio Mesquita Barros aponta que esse instrumento recomendou algumas normas relativas à proteção do emprego contra a dispensa arbitrária, como a necessária justificação da rescisão, o aviso prévio e a indenização (1996, p. 886).

A Convenção 158 da OIT foi editada após o tema da terminação da relação de emprego por iniciativa do empregador ser incluído na ordem do dia da Conferência de 1981 (BARROS, 1996, p. 886) e foi aprovada em 1982, na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, tendo vigência a partir de novembro de 1985 (TEIXEIRA, 1997, p. 56).

Cássio Mesquita Barros explica que a Convenção n. 158 tem dois conjuntos de normas: as normas de ordem geral e as disposições complementares sobre a terminação da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos (1996, p. 886-887). As normas gerais tratam a respeito da justificação do término da relação. O art. 4º dispõe:

Art. 4 — Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço. (Disponível em <http://www.conjur.com.br/dl/convencao-oit-158.pdf>. Acesso em 25/03/2013).

Os arts. 5º e 6º, por sua vez, explicitam quais são os motivos que não permitem a terminação do contrato:

Art. 5 — Entre os motivos que não constituirão causa justificada para o término da relação de trabalho constam os seguintes:

- a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante as horas de trabalho;
- b) ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar ou ter atuado nessa qualidade;
- c) apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer perante as autoridades administrativas competentes;
- d) a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, ascendência nacional ou a origem social;
- e) a ausência do trabalho durante a licença-maternidade.

Art. 6 — 1. A ausência temporal do trabalho por motivo de doença ou lesão não deverá constituir causa justificada de término da relação de trabalho.

2. A definição do que constitui uma ausência temporal do trabalho, a medida na qual será exigido um certificado médico e as possíveis limitações à aplicação do parágrafo 1 do presente artigo serão determinadas em conformidade com os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção.

(Disponível em <http://www.conjur.com.br/dl/convencao-oit-158.pdf>. Acesso em 25/03/2013).

Portanto, a Convenção 158 da OIT traz expressamente a obrigação do empregador fundamentar a dispensa, não podendo esta ser fundada nas hipóteses expressas no art. 5º. Quanto aos motivos que podem ser invocados para tanto, Cássio Mesquita Barros aponta “os que guardam relação com a capacidade ou conduta do trabalhador e os que decorrem das necessidades de funcionamento da empresa” (1996, p. 887).

Em relação à conduta do trabalhador, o art. 7º prevê que se oportunize a defesa do empregado contra as acusações dirigidas a ele:

Art. 7 — Não deverá ser terminada a relação de trabalho de um trabalhador por motivo relacionados com seu comportamento ou seu desempenho antes de se dar ao mesmo a possibilidade de se defender das acusações feitas contra ele, a menos que não seja possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda essa possibilidade. (Disponível em <http://www.conjur.com.br/dl/convencao-oit-158.pdf>. Acesso em 25/03/2013).

A Recomendação 166, que complementa a Convenção 158, prevê ainda que o empregador deverá prevenir o empregado por escrito e de maneira apropriada da falta cometida, nos casos em que a rescisão se justificaria somente por uma reincidência. Cabe ao empregador fornecer instruções apropriadas ao

empregado, adverti-lo por escrito e dar-lhe um prazo para melhorar seu desempenho.

Quanto aos motivos relacionados com as necessidades da empresa, a Convenção dispõe, nas normas complementares, que a terminação pode ser dar por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos. O empregador, prevendo essas rescisões, deve informar os representantes dos trabalhadores em tempo hábil para que estabeleçam as medidas a serem adotadas para evitá-las ou limitá-las ou para atenuar suas consequências. Também deverá o empregador, o quanto antes, notificar as autoridades competentes, prestando-lhes todas as informações possíveis. (BARROS, 1996, p. 887).

A Convenção estabelece a possibilidade de controle, judicial ou extrajudicial, da justificativa apresentada. Nesse sentido, dispõe o art. 8º:

Art. 8 — 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 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. (Disponível em <http://www.conjur.com.br/dl/convencao-oit-158.pdf>. Acesso em 25/03/2013).

O art. 9 da Convenção trata do ônus da prova acerca do término do contrato de trabalho. Menciona que os organismos previstos no artigo anterior poderão examinar as causas alegadas e se pronunciar quanto a elas serem ou não justificadas. O dispositivo ainda prevê que, “a fim do trabalhador não estar obrigado a assumir por si só o peso da prova de que seu término foi injustificado”, a Convenção poderá prever que o ônus da prova caberá ao empregador ou que os organismos mencionados no artigo precedente estarão habilitados para decidir sobre os motivos alegados, considerando as provas apresentadas pelas partes, e a legislação e práticas nacionais. Os organismos também estão habilitados para verificar se as causas fundadas em necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço são de fato reais e suficientes para justificar o término

da relação de emprego (Disponível em <http://www.conjur.com.br/dl/convencao-oit-158.pdf>. Acesso em 25/03/2013).

A consequência da despedida julgada arbitrária será, preferencialmente, a reintegração do empregado. No entanto, o art. 10º prevê a possibilidade de o país estabelecer outras formas de reparação:

Art. 10 — Se os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção chegarem à conclusão de que o término da relação de trabalho é injustificado e se, em virtude da legislação e prática nacionais, esses organismos não estiverem habilitados ou não considerarem possível, devido às circunstâncias, anular o término e, eventualmente, ordenar ou propor a readmissão do trabalhador, terão a faculdade de ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada. (Disponível em <http://www.conjur.com.br/dl/convencao-oit-158.pdf>. Acesso em 25/03/2013).

Segundo Barros, as normas relativas à terminação da relação de trabalho possuem dois objetivos:

§1º proteger o trabalhador em sua vida profissional contra a terminação injustificada do contrato de trabalho, e

§2º preservar o direito dos empregadores de dar por terminada a relação de trabalho por causas reconhecidas como justificadas, relacionadas não só com a capacidade ou conduta do trabalhador, mas também com as necessidades de funcionamento das empresas, estabelecimentos ou serviços (1996, p. 888).

A mudança que adveio com a Convenção 158, na opinião de Barros, é profunda, pois “deixa de existir o direito potestativo de despedir. O exercício do direito de despedir fica condicionado à existência de um motivo socialmente justificável” (1996, p. 890).

Para Márcio Túlio Viana, a Convenção n. 158 da OIT pretende “devolver ao homem que trabalha a dignidade perdida”, e poderá abrir caminho para que:

- o trabalhador se torne, efetivamente, um cidadão na fábrica – pois só há cogestão com um mínimo de estabilidade;
- o sindicato recupere um pouco de sua força – pois não há sindicalismo que resista ao fantasma do desemprego;
- a Justiça do Trabalho passe a ser também de empregados;
- a prescrição deixe de ser um mecanismo de enriquecimento sem causa, de aumento de desigualdades, e – em consequência – de instabilidade social, contrariando a sua justificativa teórica; e

– o poder diretivo desça a níveis razoáveis, para que o homem de empresa – parodiando Catharino – perca um pouco de sua presa.

A importância da Convenção 158, segundo Irineu Strenger, “está na consagração do princípio da ampla defesa em toda sua extensão, criando barreiras contra a arbitrariedade patronal, não poucas vezes registrada” (STRENGER, 1996, p. 741).

A Convenção 158 da OIT se tornou obrigatória no Brasil após cumprir os trâmites de validade previstos no país. Primeiro, sua aprovação foi submetida ao Congresso Nacional, depois houve a ratificação pelo governo federal e o instrumento foi depositado na Repartição Internacional do Trabalho, da OIT. Doze meses após o depósito, a Convenção entrou em vigor, sendo que, no Brasil, ainda foi necessária a publicação por meio de Decreto do Presidente da República, em Diário Oficial (SOUTO MAIOR, 2000, p. 332). Após cumpridos todos estes trâmites, a Convenção entrou em vigor no país, em 10 de abril de 1996, através da publicação do Decreto n. 1.855 (WANDELLI, 2004, p. 326).

Logo que entrou em vigor, começou uma discussão acerca da constitucionalidade da Convenção. Muitos acreditavam que, nos termos do inciso I do art. 7º da Constituição Federal, apenas lei complementar – que possui quorum qualificado para aprovação - poderia fixar proteção contra a dispensa arbitrária (SOUTO MAIOR, 2000, p. 332). A discussão culminou com a denúncia da Convenção, em 20 de dezembro de 1996, através do Decreto 2.100 (WANDELLI, 2004, p. 326), apenas oito meses após sua entrada em vigor.

Na opinião de Jorge Luiz Souto Maior, “a inexistência de lei complementar, entretanto, não obsta a validade do preceito constitucional, que, no caso, destinava-se a estabelecer o princípio de que se deve coibir a despedida arbitrária ou sem justa causa” (2000, p. 332).

Para Cássio Mesquita Barros, tampouco havia inconstitucionalidade da Convenção. A Constituição brasileira adotou a teoria do abuso de direito ou da despedida arbitrária, conferindo à lei complementar a tarefa de prever uma indenização compensatória pela dispensa e outros direitos. Portanto, essa lei deveria complementar e aperfeiçoar a proteção já prevista na Convenção 158, dispondo de forma definitiva sobre a indenização compensatória, a reintegração e

prevendo, claramente, quais seriam os “outros direitos” a que se refere inciso I do art. 7º da Constituição (BARROS, 1996, p. 890).

O ministro Carlos Velloso do STF, em voto proferido no pedido de suspensão cautelar da Convenção, formulado na ADIn 1.480-DF, explica que os tratados internacionais são recepcionados no ordenamento interno na condição de norma infraconstitucional, ou seja, na forma de lei (VELLOSO, 1997, p. 1163). Portanto, podem ser recepcionados na forma de lei ordinária ou complementar, dependendo da matéria regulada. Se a Convenção 158 da OIT regula matéria constitucional, ingressou no direito brasileiro como lei complementar (1997, p. 1164). Na opinião do ministro, portanto, não há qualquer incompatibilidade entre a Convenção e o disposto no inciso I do art. 7º da Constituição Federal, que “incorporou-se à ordem jurídica brasileira com característica autônoma, vale dizer, independentemente da disposição inscrita no art. 7º, I, da CF” (1997, p. 1165).

Segundo Arnaldo Süssekind, não havia impedimento para a vigência da Convenção 158 da OIT no Brasil, a não ser quanto às disposições concernentes às despedidas coletivas “a respeito das quais as suas normas não são *self executing* e a legislação nacional é omissa”. Para as demais disposições, o jurista considerava que poderiam ser imediatamente aplicadas (1996, p. 736). Assim opina Süssekind baseado no fato de que a Constituição prevê mecanismos especiais para ratificação de tratados e prevê, ainda, que os direitos e garantias nela expressos não excluem os decorrentes “dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (§2º, art. 5º).

O autor entende, inclusive, que a Convenção não determina a reintegração como única forma de proteção do trabalhador, pois estabelece que a mesma ocorrerá apenas se autorizado pelas leis do país, caso contrário, será devida indenização ou outra reparação apropriada. Na opinião do autor, a reintegração, portanto, não seria admitida no Brasil, que possuía norma estabelecendo pagamento de indenização em tais situações (SÜSSEKIND, 1996, p. 737).

Discorda desse posicionamento Jorge Luiz Souto Maior. Para o autor, a regra constitucional, estabelece, no caso da dispensa arbitrária, o pagamento de indenização “dentre outros direitos”. Ou seja, a reintegração poderia, sim, ser prevista. Souto Maior explica que constitui preceito de teoria geral do direito “que

a declaração da nulidade do ato deve reconduzir as coisas ao estado em que se encontravam antes da realização do ato anulado”. Portanto, se a dispensa do empregado foi considerada nula, a consequência seria a determinação de reintegração, “como forma de se retomar o *status quo*”. A indenização, em sua opinião, “aparece apenas alternativamente, na impossibilidade de concretização da reversão dos fatos” (SOUTO MAIOR, 2000, p. 334-335).

Quanto à eficácia da Convenção 158 da OIT, Souto Maior entende que os preceitos precisavam, apenas, de regulamentação. Acrescenta que a adoção da Convenção tampouco engessaria plenamente o direito do empregador de dispensar seus empregados, mas apenas o limitaria. Em suas palavras:

A Convenção 158 da OIT, portanto, não trazia às relações de trabalho uma armadura para retirar do empregador o controle de sua atividade empresarial, apenas vinha, de forma plenamente compatível com nosso ordenamento jurídico, impedir aquilo que a moral – que nem sempre coincide com o direito – já reclamada: impedir que um empregador dispense seu empregado por represálias ou simplesmente para contratar outro com salário menor. No caso de real necessidade para a dispensa, esta, em algumas das hipóteses mencionadas, estaria assegurada. (SOUTO MAIOR, 2000, p. 337).

Cássio Mesquita Barros considera que “nenhuma disposição da Convenção fere o princípio da Constituição relativo à proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa” (1996, p. 890). O autor considera evidente que “o direito mínimo não exclui outro máximo como exemplo o da reintegração ou outros intermediários, como a readmissão em outra função na empresa” (BARROS, 1996, p. 890).

Quanto à denúncia, Barros interpreta que só poderia ocorrer dentro de 1 ano, após transcorridos 10 anos de sua vigência. Portanto, considerando-se que a vigência da Convenção teve início em 22 de novembro de 1985, “somente poderia ser denunciada pelos Estados até 22 de novembro de 1996. Se não ocorrer até essa data, a denúncia só poderá ocorrer transcorridos outros 10 anos” (BARROS, 1996, p. 891). No mesmo sentido é o entendimento de Souto Maior, para quem estão plenamente vigentes em nosso ordenamento, os termos da Convenção 158 da OIT. “Basta querer aplicá-los” (SOUTO MAIOR, 2000, p. 339).

Para Sérgio Torres Teixeira, “mesmo em face de tal denúncia, contudo, há esperança na coragem dos parlamentares” (1997, p. 57). O autor afirma que os

membros do Congresso Nacional não só podem como devem “preencher tal lacuna legislativa com um modelo protecionista em consonância com as diretrizes estabelecidas pelo mencionado tratado internacional” (TEIXEIRA, 1997, p. 57).

Ante o exposto, verifica-se que a questão da proteção do trabalhador contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa não é tratada no Brasil com a seriedade que deveria. O ordenamento jurídico brasileiro, embora pareça compreender a gravidade da questão, ao assegurar a proteção contra a dispensa arbitrária, condicionou sua regulamentação à lei complementar nunca editada. E pior, por esse motivo, negou vigência a um tratado internacional que estabelecia hipóteses concretas de proteção, como a obrigatoriedade de motivação válida da dispensa, comunicação aos órgãos internos do país e reintegração ou indenização compensatória, nos casos em que impossível ou não recomendada a reintegração.

Como visto, vários países europeus oferecem proteção muito mais efetiva aos seus trabalhadores do que o Brasil. Alguns, como Portugal e Espanha, fixam expressamente as hipóteses em que a dispensa é permitida. Outros, como a Itália, optaram por fixar critérios genéricos, mas ainda assim, também vinculam a dispensa à necessidade de motivação.

No entanto, no Brasil prevalece ainda a tese de que o direito de despedir é um direito potestativo do empregador e de que a proteção do mercado e da livre iniciativa é mais importante do que o valor do trabalho. Não há, sequer, a necessidade de se motivar o ato, o que impede que se faça qualquer tipo de controle sobre a arbitrariedade ou não da dispensa.

A ausência de mecanismos mais efetivos de proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa permitem que se perpetue a exploração histórica dos trabalhadores assalariados. Embora o trabalho tenha sido alçado à direito fundamental pela Constituição vigente, a insegurança quanto à manutenção do emprego impede o gozo real e pleno deste direito. Como mencionado, as consequências da perda do posto de trabalho são imensas para o indivíduo, tendo em vista que o trabalho assalariado representa, muitas vezes, a sua única fonte de subsistência.

Portanto, o estabelecimento de estabilidades em situações pontuais e a mera proibição da despedida abusiva não são suficiente para coibir o ato

demissional, porque, nestes casos, cabe ao empregado comprovar o abuso de direito, o que muitas vezes é inviável, justamente porque não é obrigatória a motivação da dispensa.

Como observa Sérgio Teixeira, essa realidade poderia ser modificada. Ainda que denunciada a Convenção 158 da OIT, nada impede que se edite a lei complementar que regulará o inciso I do art. 7º da Constituição Federal, e que poderá prever outros direitos, além de indenização, inclusive, a reintegração, conforme expressamente permitido no dispositivo. Esta medida precisa ser tomada como meio de reverter a situação precária dos trabalhadores brasileiros. Este seria um importante passo para garantir a subsistência e o respeito à dignidade de milhões de trabalhadores.

CONCLUSÃO

Nesta pesquisa doutrinária procurou-se apresentar a problemática concernente à possibilidade ampla e irrestrita dos empregadores de rescindirem o contrato de trabalho de forma arbitrária e sem justa causa. Buscou-se demonstrar a importância do trabalho na vida cotidiana dos indivíduos, não apenas por ser fonte de subsistência, mas também por sua importância no desenvolvimento do ser humano que busca se auto realizar.

Através de uma análise histórica, foram apresentadas, em linhas gerais, o nascimento dos direitos fundamentais da pessoa humana e, em especial, do direito fundamental ao trabalho. Os primeiros movimentos nesse sentido surgiram através do reconhecimento de liberdades aos indivíduos e da limitação do poder do soberano. Com o tempo, observou-se que a não intervenção estatal não garantia as condições almejadas por todos, pois os detentores do poder econômico estavam em posição de superioridade sobre os demais. A partir de então, começaram as exigências para que o estado atuasse de forma positiva, na criação e garantia de direitos sociais. As revoltas e lutas por melhores condições de trabalho foram observadas em diversos locais, como EUA e França. Todo esse processo culminou na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que trata-se de um sistema de princípios fundamentais da conduta humana amplamente aceito pelos povos no qual se reconhece que todo ser humano é essencialmente igual.

O trabalho assalariado teve seu surgimento a partir da escravidão e da servidão. Por esse motivo, até os dias atuais, observa-se que há uma desvalorização do trabalho e inferiorização da pessoa do trabalhador em relação ao empregador. Observa-se uma relação de sujeição que ultrapassava o poder diretivo do empregador e atinge um patamar inaceitável, no qual a pessoa do empregado se vê submetida a regras e a condições desiguais no contrato de trabalho por receio de perder sua única fonte de subsistência. Evidencia-se, nessa relação, um poder exacerbado do empregador que, embora se beneficie da prestação de serviços do empregado, não reconhece a este direito algum de discutir as cláusulas do contrato ou exigir o cumprimento de seus direitos enquanto ainda mantiver o contrato de trabalho. A única alternativa do empregado descontente é demitir-se e após pleitear seus direitos na Justiça ou, se

impossibilitado por necessidade de subsistência, sujeitar-se as condições ditadas unilateralmente pelo empregador.

Diante desse contexto, percebe-se que há uma necessidade premente de se oferecer maiores garantias ao empregado, através da limitação do poder potestativo do empregador de rescindir o contrato, a qualquer tempo e sem justificativa. Demonstrou-se, nessa pesquisa, que há diversos movimentos nesse sentido, principalmente nos países europeus. As experiências vivenciadas na Espanha, Itália e Portugal apontam para a necessidade de uma justificação válida e socialmente aceita da dispensa, que não poderá ser fundada na simples economia de custos para majorar o lucro ou em caprichos ou preconceito do empregador. No Brasil, a par do estabelecimento de estabilidade no emprego e da proibição da demissão por motivo discriminatório, percebe-se que não há uma garantia efetiva quanto à manutenção do posto de trabalho. Houve, inclusive, um retrocesso na área da proteção ao trabalhador quando da criação do regime do FGTS e posterior exclusão da estabilidade decenal.

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha representado um avanço na área trabalhista, a previsão constitucional relativa a proteção do empregado contra a despedida sem justa causa ou arbitrária não tem qualquer alcance prático, tendo em vista que não foram criados mecanismos que assegurem seu cumprimento. A simples previsão de uma indenização pela despedida não é suficiente para inibir o despedimento. Embora o inciso I do art. 7º não se refira apenas à indenização, mas estabeleça a possibilidade de criação de outros direitos para proteção do emprego, a lei complementar que regularia essa situação jamais foi editada, e não há mostras de que se intenciona fazê-lo no presente momento.

Uma solução para questão seria a adoção dos termos firmados na Convenção 158 da OIT, que trata da dispensa arbitrária e estabelece não só a possibilidade de indenizar o trabalhador como também, a de reintegrá-lo. A Convenção também exige que haja motivação da dispensa e que esta motivação poderá ser objeto de controle pelos órgãos internos dos países, explicitando, de forma detalhada, os procedimentos para tanto e, inclusive, uma flexibilização quanto à sua adoção pelos países, de forma a não contrastar com o direito interno.

Um exemplo é a questão da reintegração, que só será devida se for permitida pelo país ratificante.

Contudo, o Brasil, após ratificar a Convenção e esta entrar em vigência, numa interpretação equivocada, considerou que havia inconstitucionalidade da mesma em relação ao inciso I do art. 7º da Constituição Federal, ao argumento de que a Convenção prevê estabilidade no emprego, enquanto a Constituição exige, apenas, o pagamento de indenização pela despedida. No entanto, os autores pesquisados demonstram que a Convenção não prevê estabilidade e não restringe totalmente o direito do empregador de despedir, exigindo apenas uma motivação verdadeira para o ato, fundada em motivos relacionados a pessoa do trabalhador, ligados a sua capacidade ou comportamento, ou problemas ligados à empresa, econômico ou financeiro, entre outros.

Por seu turno, embora não seja uma posição majoritária na doutrina, percebe-se que é possível outra interpretação da Constituição, que amplia a visão de que seria devida apenas uma indenização pela dispensa arbitrária. Quando o inciso I do art. 7º se refere a regulamentação da proteção através de lei complementar, que fixara indenização compensatória pela dispensa, “entre outros direitos”, abre o leque para que o legislador crie outras formas de proteção, inclusive, a reintegração do empregado despedido sem justo motivo.

A fundamentalidade do direito ao trabalho reside no fato de que é através do trabalho que o ser humano alcança autonomia, autorrespeito, independência e liberdade. A necessidade de proteção à manutenção desse direito não diz respeito apenas à pessoa do trabalhador, mas a toda a sociedade, que se beneficiará com a redução das desigualdades sociais, da pobreza e da violência. A manutenção dos postos de trabalho também desonerará a previdência social, que não mais precisará atender os desempregados e, com mais pessoas empregadas, haverá maior consumo no país, pelo que, o comércio e a indústria também se beneficiam. Ou seja, uma nação que respeita seus trabalhadores e cria normas de proteção ao emprego, ao invés de priorizar apenas a liberdade do mercado, poderá se tornar mais desenvolvida e rica.

Por tudo que foi analisado, conclui-se que o Brasil carece de normas mais rígidas para proteger o trabalhador contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa. A começar pela imposição da obrigatoriedade de motivação da dispensa,

por escrito, de modo a possibilitar uma eventual defesa do empregado em juízo, além da edição da lei complementar que regule o inciso I do art. 7º da Constituição Federal ou da aplicação dos termos da Convenção 158 da OIT que, como visto, é plenamente compatível com o ordenamento jurídico interno. Por fim, faz-se necessário que esta lei complementar, a ser editada, possibilite a reintegração do empregado demitido sem a devida justificativa ou com motivação julgada falsa, discriminatória ou ilegítima.

A adoção de critérios mais rígidos, nesse contexto, não engessaria completamente o direito do empregador de dispensar seus empregados, mas apenas o limitaria a situações em que, de fato, essa dispensa seria necessária por motivos considerados justos. Desta forma, as partes da relação de trabalho estariam em patamar mais próximo de igualdade, conferindo-se ao empregado a segurança necessária para defender seus direitos, inclusive em juízo, sem o receio de ser dispensado por esse motivo.

BIBLIOGRAFIA

ANGNES, Claudia; BUFFON, Marciano. A evolução do Direito do Trabalho – De Castigo a Direito Fundamental, *in* Justiça Do Trabalho, Doutrina, Jurisprudência, Legislação, Sentenças, Tabelas. Ano 27 – nº 323 - Org. HS Editora, 2010.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 5ª ed., São Paulo: Ltr, 2009.

BARROS, Cássio Mesquita. A Convenção n. 158: Proteção Contra a Despedida Injustificada. Revista LTr - legislação do trabalho. São Paulo, v.60, n.7 (jul. 1996), p.886-891.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos: tradução de Carlos Nelson Coutinho – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

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

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Edições Almedina. Coimbra, 2000.

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL DE 1988, disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COUCE DE MENEZES, Cláudio Armando. Proteção ao Contrato de Trabalho e ao Emprego no Brasil. Labor et Justitia: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, n. 03. Vitória, 2002.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS HOMENS, 1948. Disponível em:
<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: Ltr, 2010.

GOMES, Fábio Rodrigues. O Direito Fundamental do Trabalho. Perspectiva Histórica, Filosófica e Dogmático-Analítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. Curso de Direito do Trabalho. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. (ainda não citado!)

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Constituição e Direitos Sociais dos Trabalhadores. São Paulo: Ltr, 1997.

NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. 2ª ed. rev. e atual. São

Paulo: Saraiva, 2007.

PAES, Arnaldo Boson. O Limite do Poder de Direção do Empregador em Face dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores, *in* ALMEIDA, Renato Rua de (coordenador); PARANHOS, Cristina (Organizadora). Direitos Fundamentais Aplicados ao Trabalho, volume II. São Paulo: Ltr, 2012.

PROTOCOLO ADICIONAL AO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, 1988. Disponível em:

http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm.

QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores na Constituição de 1988. São Paulo: Ltr, 2006.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SEVERO, Valdete Souto. O Dever de Motivação da Despedida na ordem jurídico-constitucional brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social. São Paulo: LTr, 2000.

STRENGER, Irineu. A Convenção n. 158 da OIT. Revista LTr - Legislação do Trabalho. São Paulo, v.60, n.6 (jun. 1996), p. 739-741.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Aspectos Controvertidos da Convenção OIT n. 158. Revista LTr - Legislação do Trabalho. São Paulo, v.60, n.6 (jun. 1996), p.735-738.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. Evolução no Modelo Brasileiro de Proteção à Relação de Emprego. Proibição à Despedida Abusiva. Revista Amatra VI. Recife, (abril, 1997). p. 46-58.

VELLOSO, Carlos. A Convenção n. 158 - OIT: constitucionalidade. Revista LTr - Legislação do Trabalho. Sao Paulo., v.61, n.9 (set. 1997), p.1161-1169.

VIANNA, Márcio Túlio. Convenção 158: denunciando a denúncia. LTR - Suplemento Trabalhista. São Paulo, v. 33, n. 12 (1997), p. 65/68.

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

WANDELLI, Leonardo Vieira. O Direito Humano e Fundamental ao Trabalho. Fundamentação e Exigibilidade. São Paulo: Ltr, 2012.