

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

ROBERTO DALA BARBA FILHO

**OS IMPACTOS SOCIAIS E ECONÔMICOS DA GARANTIA DE EMPREGO E
A REGULAMENTAÇÃO DO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

**CURITIBA
2008**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

ROBERTO DALA BARBA FILHO

**OS IMPACTOS SOCIAIS E ECONÔMICOS DA GARANTIA DE EMPREGO E
A REGULAMENTAÇÃO DO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

**Dissertação de mestrado
apresentada pelo mestrando
Roberto Dala Barba Filho, sob
orientação do professor Doutor
Roland Hasson, como requisito
parcial para obtenção do título de
mestre em Direito.**

**CURITIBA
2008**

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	1
1. A Idéia de Continuidade da Relação de Trabalho na História	
A relação de trabalho na Antigüidade Clássica	3
A Era Medieval e o Advento das Corporações de Ofício	6
Prestação de labor na Era Moderna e as Revoluções Liberais	9
Ascensão da continuidade da relação de trabalho	11
2. A Cessação do contrato de trabalho e poder de dispensa	
Formas de extinção do contrato de trabalho	
Obrigação de duração e prestações sucessivas	19
Extinção do contrato em decorrência de fato jurídico alheio	
à vontade das partes	21
2.1.3 Extinção do contrato por ato de terceiro	23
2.1.4 Extinção do contrato por ato de ambas as partes	24
2.1.5 Extinção do contrato por iniciativa do empregado	27
2.1.6 Extinção do contrato por iniciativa do empregador	30
2.2 Direito potestativo e abuso de direito	
2.2.1 Contornos jurídicos do direito potestativo de extinguir	
o contrato de trabalho	36
2.2.2 O abuso de direito como limite ao direito de despedir	41
2.3 A Dispensa Coletiva e a Dispensa Individual – realidades distintas	47
2.4 Efeitos da dispensa de acordo com a capacidade econômica	
do empregador	51
3. Garantia de Emprego e Estabilidade	
Garantia de Emprego e garantia no emprego	54
Garantias de emprego e estabilidade – Institutos diversos	56
Proteções ativas e passivas da relação de trabalho	60

4. O direito à estabilidade e à garantia de emprego no Brasil	
Evolução da estabilidade e da garantia de emprego no Brasil	66
Extinção da estabilidade permanente – Universalização do sistema fundiário na Constituição de 1988	72
4.2.1 Estabilidade no emprego do servidor público na Constituição de 1988	75
4.3 O art. 7.º, I, da Constituição Federal	
4.3.1 Evolução da redação do art. 7º, I, da CF	77
4.3.2 Eficácia da norma constitucional e regulamentação complementar	84
4.3.3 Dispensa sem justa causa e dispensa não-arbitrária	91
4.3.4 Estabilidade própria e imprópria	98
4.3.5 Regulamentação internacional - A Convenção 158 da OIT	108
4.3.6 Disciplinando a estabilidade e a garantia de emprego no Brasil.	113
 CONCLUSÃO	 124
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	 130

INTRODUÇÃO

A história das relações de trabalho, desde a Antigüidade, é fundamentalmente uma história de relações de poder. Relações estas caracterizadas pelo exercício de uma autoridade pelo tomador dos serviços a que se submetia o seu prestador. Na evolução da sociedade humana, o fundamento de tal autoridade se modificou substancialmente, mas sua existência sempre caracterizou a dinâmica da prestação de serviços.

A evolução social, entretanto, aponta num claro sentido de se estabelecerem salvaguardas ao prestador de serviço que pudessem protegê-lo contra o pleno arbítrio e capricho do tomador de seus serviços, caracterizando-se essa evolução, em um primeiro momento, pela garantia de maior liberdade ao trabalhador, e, em uma segunda etapa, de maior segurança econômica e jurídica ao mesmo.

Afastar essa relação de autoridade é inviável em qualquer empreendimento econômico humano. Independentemente de quem seja o proprietário dos meios de produção, e responsável pela criação dos postos de trabalho, ela está lá. Ela existe na relação entre os servidores públicos e a Administração Pública, entre os empregados de pequenas empresas e seus proprietários, e também entre os trabalhadores de sociedades anônimas e seus diretores. Ela aparece até mesmo em cooperativas, pois mesmo nesses casos há uma relação de autoridade entre os responsáveis por sua direção e os demais associados.

A disciplina das relações de trabalho e o surgimento do Direito do Trabalho não extinguiram essas relações de autoridade, mas buscam conferir-lhe uma razoabilidade que permita a coexistências das necessidades vinculadas à direção do empreendimento e as expectativas sociais de respeito e valorização que os trabalhadores possuem em contrapartida.

A premissa central, portanto, é a de reconhecer as necessidades econômicas próprias da produção, ao mesmo tempo em que se concilia com a dignidade que se pretende conferir a toda pessoa, concretizada no trabalhador nessa relação.

Essa inclinação legal perpassa todo o contrato de trabalho, desde sua criação até os atos que são praticados em sua vigência. Não obstante, a terminação das relações de trabalho, notadamente no Brasil, ainda revelam um amplo espaço de autonomia que é conferido ao empregador, sem que existam garantias legais apropriadas no sentido de que o ato jurídico de extinção contratual seja praticado não com base em um puro e simples exercício de um direito potestativo absoluto, mas dentro de determinados

limites que sejam compatíveis com a importância que o trabalho tem para o prestador de serviço, e o respeito que merece na condição não apenas de uma das partes de uma relação obrigacional, mas como próprio cidadão.

É difícil escapar da conclusão que, com base na disciplina legal existente, o Brasil ainda conserva, quando não estimula, um amplo espaço para o exercício indiscriminado da autoridade do tomador de serviços sobre o seu prestador, sem que haja um amparo legal adequado que o trabalhador possa se valer para se proteger de tais abusos ou até mesmo resistir a eles. Levando-se em consideração que a existência de semelhante proteção encontra inclusive previsão constitucional, sua inexistência torna-se ainda mais grave.

O objetivo do presente trabalho é estudar as causas que tornam necessária a existência de uma proteção legal nesse sentido, bem como seus efeitos, apresentando ao final apenas uma, de uma série de propostas que se fazem necessárias, com vistas a efetivar a proteção clamada constitucionalmente.

1. A Idéia de Continuidade da Relação de Trabalho na História

A relação de trabalho na Antigüidade Clássica

O trabalho, de um ponto de vista econômico, pode ser entendido como toda a ação humana destinada a obter os meios necessários para a aquisição de determinados bens da vida, primordialmente, aqueles que são necessários para a subsistência do próprio agente trabalhador. Conforme destaca Petrelli Gastaldi:

Trabalho é o desenvolvimento ordenado das energias humanas (psíquicas ou físicas) dirigido para um sentido econômico. Representa o fato ativo da produção e é considerado o seu verdadeiro agente.

Para ser considerado como elemento ou agente da produção, deve o trabalho ser voluntário e regular, ou continuado, e será econômico ou terá conteúdo econômico quando objetivar a consecução dos meios indispensáveis para a satisfação das necessidades humanas.¹

Sob esse prisma, nenhum ser humano é capaz de sobreviver sem que, ou seja capaz de trabalhar para adquirir tais bens, ou possa se beneficiar do trabalho de terceiros para tanto.

Inicialmente na história, o ser humano trabalha exclusivamente para si, e, em uma segunda etapa, para o sustento de sua família, sendo esta a primeira unidade social a aparecer. De fato, sem a agregação em unidades familiares, a própria sobrevivência humana é inviável, posto que recém-nascidos, apenas a título de exemplo, são incapazes de prover para si próprio, sendo necessário o amparo de seus genitores ou de outras pessoas que assumam o mesmo papel de provedores.

Mesmo dentro da instituição familiar, entretanto, as divisões de trabalho já aparecem, assim como as relações de autoridades que permeiam toda a história humana a respeito da prestação de trabalho. Com efeito, homens e mulheres possuem papéis específicos a desempenhar dentro da família, de acordo com suas capacidades e aptidões. Além disso, na família já começa a surgir a relação de autoridade na realização do trabalho, já que a liderança da família é via de regra exercida pelo pai de família, que a passa para o primogênito.

Ainda que não se possa falar, propriamente, em relação de trabalho entre os membros da entidade familiar, não se pode negar que nesse momento já há uma nítida

divisão de autoridade², que se mantém até a formação das primeiras sociedades humanas organizadas até a Antigüidade Clássica, em que se destaca, no Ocidente, a civilização greco-romana³.

Nesse sentido, esclarece Irany Ferrari que:

O trabalho, nos primórdios, deu-se pela cooperação de marido e mulher – cooperação social no clã, nas famílias patriarcais, reunindo sob o mesmo teto, parentes, escravos ou servos, para desenvolver-se entre clãs da mesma tribo ou de tribos diferentes.⁴

Tomando-se como exemplo a família romana, é possível verificar que, se de um lado a autoridade já surgira internamente, ela também geraria reflexos no restante da sociedade. Ora, as famílias romanas constituíam o núcleo político da sociedade, constituindo a classe dos patrícios, isto é, aqueles que se relacionavam a um determinado *pater*, um pai de família.

Por certo, os patrícios romanos, assim como os cidadãos atenienses e espartanos, também trabalhavam. Notadamente, os serviços públicos civis, assim como o serviço militar, eram inerentes às suas próprias posições na sociedade. Todavia, tais sociedades podem ser examinadas no que diz respeito à relação de trabalho porque os patrícios exploram a prestação de labor por outras classes sociais, notadamente os servos, a plebe e os escravos.

O trabalho escravo, largamente utilizado na Antigüidade Clássica⁵, não pode ser adotado para fins de comparação com qualquer relação de trabalho que hodiernamente se conhece. Isso porque, se a mão-de-obra inegavelmente está presente, ela carece de um elemento essencial para a configuração da relação de trabalho, que é o

¹ GASTALDI, J. Petrelli. **Elementos de economia política**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 113

² Conforme destaca FUSTEL DE COULANGES: “A cidade antiga, como toda a sociedade humana, apresentava classes, distinções, desigualdades... Ora, antes do dia em que a cidade se compôs, a família já encerrava em si mesma aquela distinção de classes. Com efeito, a família não se desmembrava; era indivisível como a própria religião primitiva do lar. O filho primogênito, sucedendo sozinho ao pai, tomava em mão o sacerdócio, a propriedade, a autoridade, e seus irmãos eram, relativamente a ele, o que já haviam sido em relação ao pai. COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. Martins Fontes, São Paulo: 1998

³ Conforme destaca Aldacy Rachid Coutinho, “o vocábulo hierarquia, aliás, etimologicamente vem do grego de *hierarchía* (*ieros*, sagrado e *arché*, autoridade), significando a sociedade governada por uma autoridade sagrada. Incorpora-se no vernáculo com o sentido de vínculo ou graduação de autoridade, em níveis diversos de competência, exercido através de poderes, dentre os quais o de punir ou aplicar sanções aos faltosos.” COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder punitivo trabalhista**. São Paulo: LTr, 1999. p. 77

⁴ FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998. p. 24

⁵ Irany Ferrari estima que cerca da terça parte de Atenas, e, em igual número, de Roma, era formada por população escrava. cf. FERRARI, Irany. op. cit. p. 32

reconhecimento de que em ambos os pólos, seja do ponto de vista do prestador de serviços, seja do ponto de vista do seu tomador, encontram-se sujeitos de direito (ainda que de direitos diversos). No caso da escravidão isso não há, já que a mão-de-obra escrava é considerada apenas uma coisa, uma decorrência do próprio direito de propriedade, e não propriamente uma ligação entre seres humanos em decorrência de laços obrigacionais (qualquer que seja o fato gerador do vínculo). Embora as civilizações antigas tenham reconhecido institutos de “escravidão temporária”, notadamente por dívida, não se pode falar em “continuidade” do trabalho escravo já que não há concorrência de vontades que permitam interferir na continuação do vínculo⁶.

Paralelamente ao trabalho realizado pelos escravos, identifica-se a prestação de labor por outras duas classes: os clientes e a plebe.

Se os clientes estavam acima da plebe em termos políticos, já que possuíam direitos civis, do ponto de vista da prestação de serviços sua situação não era muito melhor que a dos escravos. Consoante explica Fustel de Coulanges:

O que melhor conhecemos dos clientes é que não podiam separar-se do patrono, nem escolher outro, estando ligados de pais a filhos à mesma família... Acrescentemos ainda não poder o cliente ser proprietário do solo, a terra pertencer sempre ao patrono, que, com chefe do culto doméstico e também como membro da cidade, tem, só ele, qualidade para ser proprietário.⁷

A relação de servidão que se verifica entre o cliente e o patrício é permanente, já que ela possuía um fundamento sagrado (calcado no culto doméstico) e o cliente, assim como sua família, estavam indissociavelmente ligados a família patrícia para a qual prestavam serviços. Contudo, se por um lado os clientes, em não sendo patrícios, não possuíam absoluto direito de propriedade, por outro não é menos verdade que recebiam contraprestação pelos serviços realizados, o que constituía verdadeiro direito seu, como o de ser protegido pela família patrícia, assim como de lhe ser garantida a subsistência por esta. Ademais, não raro era realizado pagamento, ainda que a título meramente nominal, em contrapartida aos serviços realizados. A situação desta classe era um pouco mais confortável eis que, independentemente de tal fato, compunha o povo romano, e,

⁶ Isso não significa dizer, evidentemente, que não tenha havido uma alteração na relação de produção, notadamente entre o homem e a natureza. Como salientar Irany Ferrari: com a escravidão deu-se a fixação do escravo a territórios determinados, logo após a domesticação dos animais e a introdução da agricultura, tornando o homem, ainda que escravo, um produtor dos alimentos que consumia, eis que anteriormente a esse estágio o homem caçava, pescava e recolhia frutos que nem sequer plantava”. FERRARI, Irany. op. cit. p. 32

como tal, possuía direitos civis e políticos que não eram conferidos aos escravos.

Nesta divisão de classes, a plebe, ainda que afastada da participação política na condição de cidadãos, possuía mais liberdade, já que, não estando vinculados à nenhuma família, poderiam prestar serviços a quem quisessem. É evidente que essa idéia de liberdade era ilusória, posto que, não sendo cidadãos, tampouco tinham direito a qualquer propriedade, e, estando à margem da lei, sequer desfrutavam da proteção que os patrícios deviam aos seus clientes.

A continuidade da prestação de trabalho em favor do beneficiário do labor, portanto, não estava vinculada a uma relação obrigacional decorrente de uma concorrência de vontades também nesse caso, mas em função do vínculo de caráter primordialmente religioso existente entre os clientes e os patrícios.

A Era Medieval e o advento das corporações de ofício

A relação de autoridade e servidão que se verificara durante a Antigüidade Clássica, paralelamente ao regime da escravidão, gerava um vínculo de caráter praticamente permanente entre o trabalhador e o patriarca da família, sendo que essa relação se estendia inclusive em caráter sucessório, ou seja, transmitia-se do patriarca para aquele que passasse a ocupar o seu lugar posteriormente, assim como a situação do cliente transferia-se também para seus herdeiros.

Essa relação entre autoridade e servidão continua também durante a Idade Média. Mas, como observa Fustel de Coulanges:

Existe alguma analogia entre este cliente das épocas antigas e o servo da Idade Média. Na verdade, o princípio que os condena à obediência não é o mesmo. Para o servo, este princípio encontra-se no direito de propriedade ao mesmo tempo exercido sobre a terra e sobre o homem, enquanto, para o cliente, sua origem está na religião doméstica, à qual continua preso sob a autoridade do patrono, o sacerdote desta religião.⁸

A diferença, contudo, não pode ser menosprezada. Onde antes havia uma justificativa religiosa, de cunho transcendental, a justificar a relação de autoridade entre

⁷ COULANGES, Fustel. op. cit. . 290/291

⁸ COULANGES, Fustel. op. cit. p. 291. Em sentido similar, a opinião de Irany Ferrari, para quem ““O trabalho servil era uma derivação do trabalho escravo mudando apenas o eixo do domínio, eis que enquanto no trabalho escravo era o senhor o seu dono, no trabalho servil o trabalhador era o servo da gleba”. FERRARI, Irany. op. cit. p. 41

o senhor e o trabalhador, o fundamento da relação, durante a Idade Média, já aparece como seqüela do direito de propriedade. E de fato, o título de propriedade territorial conferia ao senhor feudal, se não a propriedade das pessoas que nela habitavam, ao menos uma jurisdição praticamente ilimitada sobre os mesmo. Os servos da gleba não estavam presos ao sujeito, como ocorria com os clientes da época clássica, mas estavam vinculado ao solo onde trabalhavam, e, por extensão, a quem fosse seu proprietário.

Na explicação de Francisco Milton Araújo Jr.:

As relações jurídicas no sistema feudal eram fundamentas em obrigações servis e/ou em direitos senhoriais, ou seja, os senhores feudais, como proprietários das terras, possuíam todos os direitos sobre os meios de produção e os servos, que estavam presos à terra do senhor feudal e, por conseguinte, com restrição do seu direito de deslocamento, prestavam serviços gratuitos (corvéia) e entregavam os produtos gerados diretamente pelo seu trabalho servil (talha).⁹

Como bem descreve Manuel Alonso Olea, a servidão feudal se caracteriza pela “condição da pessoa que está obrigada, pela lei, pelo costume ou por acordo a viver e trabalhar na terra que pertence a outra pessoa e a esta prestar, mediante remuneração ou gratuitamente, determinados serviços, sem liberdade para mudar sua condição”¹⁰.

O laço de continuidade da relação é evidente, mas, uma vez mais, ele não decorre do exercício da vontade do trabalhador, e tampouco abre caminho para sua libertação, já que o vínculo, a princípio, é indissolúvel.

Não obstante, o surgimento dos burgos, centros urbanos dentro de determinados territórios, trouxeram consigo a conglomeração de vendedores ambulantes e artesãos, os quais, embora não totalmente livres do vínculo territorial característico da época, prestavam serviços de forma pouco mais autônoma, gerando um incipiente comércio que não apenas abrirá caminho para as corporações de ofício, como, futuramente, para o desenvolvimento das cidades e o fim da época medieval.

Na precisa observação de Irany Ferrari:

Depois dessa fase, segue-se a do colonato, no qual o colonus era o ‘arrendatário de prédio rústico, figura fundamental do trabalhador não servil’.

A partir daí começa o processo de ruralização, com as ‘villas’, unidades de população campesina semilivre, autônomas frente às cidades, e os grandes colonatos, ambos processos que ruralizam o

⁹ ARAÚJO Jr., Francisco Milton. *A concepção do trabalho através dos tempos*. in **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8.ª Região**. V. 35. nº 39 Belém: TRT 8.ª Região, 2002. p. 162/163

¹⁰ OLEA, Manuel Alonso. **Da escravidão ao contrato de trabalho**. Curitiba: Juruá, 1990. p. 142

Baixo Império”, favorecidos pela fuga do incremento da pressão fiscal nos municípios urbanos, incluídos os primeiros domínios territoriais constituídos em seu seio pelos invasores germânicos, ou povoados por estes, antecipam o tipo de relação que seria característica da época medieval¹¹.

Com efeito, a proximidade dos artesãos, assim como o aumento da demanda de seus serviços, por uma população paulatinamente independente, especialmente do ponto de vista financeiro, de seu senhor feudal, permitirá a associação de acordo com a comunhão de interesses da profissão, formando as corporações de ofício. Tais associações não eram desconhecidas no período clássico, mas sua finalidade era quase que exclusivamente comercial, enquanto na era medieval ela abrange desde o aprendizado, até o reconhecimento e autorização para exercício da profissão¹².

Nesse momento, de fato, já se começa a perceber, com um pouco mais de propriedade, a gênese do que modernamente entende-se como relação de trabalho. Isso porque, como ressalta Francisco Milton Araújo Jr.:

As transformações econômicas que as corporações de ofícios trouxeram ao sistema feudal, com a paulatina inserção da locação de obras (*locatio conductio*), em que era efetuado o pagamento pelo resultado da execução da obra, e, posteriormente, foi inserida a locação de serviços (*locatio operarum*) em que o objeto de locação era o próprio trabalho humano, de modo que este último deu origem ao trabalho juridicamente subordinado, que é a base do sistema capitalista.¹³

Contudo, se por um lado as corporações de ofício parecem libertar o prestador dos serviços dos vínculos vitalícios que mantinha com o senhor feudal, por outro não

¹¹ FERRARI, Irany. op. cit. p. 33

¹² Sublinha Irany Ferrari que: “Os ofícios... exigiam um tempo de aprendizado. Ao término da aprendizagem, passavam todos a ser tratados como companheiros, fechando, assim, um ciclo de trabalho entre o artesão, os aprendizes e os companheiros. Estes são os primeiros assalariados, vez que percebiam uma paga pelos trabalhos que executava, após o período de aprendizagem dos ofícios”. FERRARI, Irany. op. cit. p. 42

¹³ ARAÚJO, Jr, Francisco Milton. op. cit. p. 163/164. Destacam-se tais formas de contratação no período das corporações de ofício devido à sua incidência, mas não se ignora que tais formas de contratação já eram conhecidas na época romana. Conforme assevera Alice Monteiro de Barros, a partir dos séculos VII e VI a.c.:

“Havia no Direito Romano antigo, três espécies de *locatio conductio: rei, operis e operarum*..

Na primeira, uma das partes se obrigava a conceder à outra o uso e gozo de uma coisa, em troca de certa retribuição.

Na segunda, denominada *locatio operis faciendi*, o objetivo era o resultado de determinada obra que uma pessoa (*conductor*) se comprometia a executar para outrem (*locator*), mediante um preço e assumindo os riscos de tal execução.

garante a liberdade individual do trabalhador, que se vê compelido, para garantir a liberdade de execução de seu trabalho, a aderir à corporação de ofício, a qual é garantida o monopólio do exercício da sua respectiva atribuição, inclusive com jurisdição direta sobre as práticas econômicas de seus membros.

A corporação de ofício suprime a concorrência, não admite a realização de préstimos fora do seu âmbito, e controla com severidade o exercício da profissão, seja mediante a abertura de postos para aprendizes, seja através da ascensão destes à posição de artesãos reconhecidos pela corporação.

É evidente que esse associativismo de natureza compulsória, e nitidamente autoritária, não encontrará campo fértil para se manter com as revoluções liberais da era moderna.

Prestação de labor na Era Moderna e as Revoluções Liberais

O regime feudal abrirá espaço, lentamente, para o início da Era Moderna através da instituição do absolutismo monárquico, que instituirá o poder soberano do monarca em contrapartida à pulverização de poderes característica da época feudal. Sob vários aspectos, isso implicará uma progressiva libertação do homem do vínculo que o mantinha preso às glebas do senhorio feudal, acompanhando um forte desenvolvimento urbano, no qual o cenário da prestação de serviços ainda é dominado pelas corporações de ofício.

O monopólio exercido pelas corporações de ofício, entretanto, entra em choque com o desenvolvimento das idéias liberais e o culto à liberdade individual promovido pelas revoluções liberais, que se iniciam com a denominada “Revolução Gloriosa” de 1688 na Inglaterra, a declaração de independência americana em 1776 e culminam com a revolução francesa em 1789.

Embora rigorosamente as revoluções liberais possuíssem como alvo a relação do poder público com seus subordinados, sua filosofia afeta, diretamente, as relações entre particulares, inclusive no que concerne à prestação de serviços.

A defesa da liberdade individual implicará, nas relações de trabalho, o ideal de

Finalmente a *locatio conductio operarum*, antecedente do contrato de trabalho, implicava a prestação de serviços por uma pessoa (*locator*), cuja remuneração era fixada tendo em vista o tempo gasto na sua execução, não o resultado do trabalho, arcando o *conductor* (credor do trabalho) com os riscos advindo da prestação.” BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. p. 52/53.

liberdade de trabalho, conferindo a todo o trabalhador a possibilidade de exercer o ofício que pretender, sem depender de autorizações públicas ou subordinar-se a interesses corporativos ou associativos.

De fato, as associações, de maneira geral, são compreendidas como contrárias ao espírito de liberdade individual então nascente, e vistas como supressoras dos direitos individuais fundamentais que se procurava reconhecer. Do ponto de vista do exercício de uma profissão, tal característica era muito mais acentuada quando confrontada com a forma de exercício do poder pelas Corporações de Ofício, que regulamentavam praticamente de forma autônoma o exercício da profissão correspondente, e dirigiam com mão-de-ferro a prestação dos serviços por seus membros.

A desconfiança com relação às Corporações de Ofício é manifesta na obra de Adam Smith, que destaca:

Três são as maneiras pelas quais a política européia provoca desigualdades. Primeiro, limitando a concorrência, em se tratando de alguns empregos, a um número menor de pessoas do que o número daqueles que de outra forma estariam dispostas a concorrer; segundo, aumentando em outros empregos a concorrência, além da que ocorreria naturalmente; terceiro, criando obstáculos à livre circulação de mão-de-obra e de capital, tanto de uma profissão para outra como de um lugar para outro.

...

Julgar se o trabalhador é apto para o emprego é uma função que seguramente pode ser confiada à discricção dos empregadores, que tanto interesse tem no caso. O receio, por parte do legislador, de que os empregadores contratem pessoas inadequadas evidencia-se como uma medida impertinente e opressiva.

...

Todas as corporações, bem como a maior parte das leis relativas a elas, foram implantadas precisamente para impedir a redução dos preços, e conseqüentemente a redução dos salários e dos lucros, restringindo aquela livre concorrência que certamente haveria de conseguir esse objetivo.¹⁴

Esse combate às corporações de ofício levará progressivamente à sua extinção, seja de forma natural, ou, como ocorreu em grande parte do mundo, por expressa disposição legal. No Brasil tal orientação é cristalina na Constituição de 1824, que estabelece, em seu art. 179, XXV, que “ficam abolidas as Corporações de Ofícios, seus juízes, escrivães e mestres”.

A perpetuação do vínculo de trabalho entre o prestado de serviço e seu tomador passa a ser considerado um regresso à época anterior, sujeitando a pessoa do trabalhador à condição servil que se pretendia abolir. Em seu detrimento, a nova legislação passa a privilegiar, ou somente a autorizar, a contratação de serviços por período determinado ou obra certa. O art. 780, do Código civil napoleônico, é uma expressão dessa natureza, estabelecendo claramente que os serviços só podem ser contratados a termo ou para a realização de obra certa.

Conforme ressalta, a respeito de tal período, Manuel Alonso Olea:

A liberdade pessoal de subsistir ao longo da execução do contrato: por um lado pressupõe limites à duração indefinida do pacto, porque esta traz à mente a idéia mais ou menos clara de que uma cessão perpétua lembra a escravidão ou servidão, seja porque efetivamente o é, como se vê em Hegel, com clareza meridiana, as promulgações normativas declaram, com efeito, que o arrendamento de serviços feito por toda a vida é nulo.¹⁵

Se essa situação de solapamento da continuidade da relação de trabalho pode se manter durante esse período, isso se deve ao fato de que a grande parte da prestação de serviço, durante tal período, é realizada por meio de artesãos, os quais, segundo os padrões modernos de identificação da natureza da relação de trabalho, identificam-se muito mais com trabalhadores autônomos, profissionais liberais, do que propriamente a idéia de empregado subordinado.

Na condição de prestadores de serviços que exploravam economicamente sua mão-de-obra, a ausência de continuidade da relação de emprego não implicava, necessariamente, um prejuízo econômico significativo. Aliás, para muitos trabalhadores a condição para a exploração econômica de sua profissão era precisamente a multiplicação da quantidade de clientes.

Essa tendência, contudo, será refreada ao final do século XIX e início do século XX, na medida em que grande parte dos artesãos e trabalhadores rurais passam a migrar para os centros urbanos para trabalhar na indústria, revestindo a relação de trabalho com as características mais próximas da idéia de trabalho subordinado que passa a ser adotada a partir de então. Nesse momento, a ausência de continuidade da relação de trabalho passará a não mais representar uma característica de libertação do trabalhador, mas uma fonte de insegurança econômica e restrição do exercício pleno de sua vontade.

¹⁴ SMITH, Adam. A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas. Vol. I. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 164/168

Ascensão da continuidade da relação de trabalho

A mudança na forma de produção operada por ocasião da Revolução Industrial, como não poderia deixar de ser diferente, causou profundo impacto no conteúdo das relações trabalhistas. Se a prestação de trabalho livre, individualizado, realizado por artesãos com plena liberdade para exercício de seu ofício e comércio era compatível com as mudanças econômicas que acompanharam as revoluções liberais, o industrialismo mudaria esse panorama radicalmente.

A característica intrínseca da indústria artesanal, assim como da produção agrícola do período do absolutismo era a existência de laços de relações que uniam as pessoas para além da mera relação profissional. Não raro, as diversas fazendas e demais unidades agrícolas compunham comunidades de pessoas que ou possuíam entre si variados graus de parentesco, ou cujo contato com uma à outra era histórico. Da mesma forma, os ofícios e o comércio no mais das vezes ainda seguiam a tendência de serem transferidos de pai para filho, ou mesmo de desenvolver-se no seio de relações de amizade já firmadas. As corporações de ofício tinham sido extintas, mas o histórico de congregação que carregara por muito tempo não poderia ser desfeito de uma hora para outra.

A verdade é que, seja no campo, seja nos nascentes centros urbanos, a esmagadora maioria dos serviços era realizada por pessoas que ou exploravam seu negócio autonomamente, ou possuíam grande facilidade de entrada e saída de postos de trabalho, eis que a indústria artesanal, notoriamente, demanda conhecimento especializado que não é disseminado na população.

O desenvolvimento da manufatura, contudo, faz surgir de forma mais clara a figura do capitalista, do dono ou responsável por um determinado empreendimento, capaz de mobilizar somas suficientes para investir no caro maquinário que pouco a pouco iria substituir a indústria artesanal. Nas palavras de Magda Barros Biavaschi:

A Revolução Industrial alterou substancialmente as condições da vida material dos homens em sociedade. Primeiro exemplo histórico da transformação de uma economia marcadamente agrária e artesanal para outra dominada pela indústria e pela fabricação mecanizada, teve início na Inglaterra, no século XVII. De lá, difundiu-se de forma desigual para os demais países da

¹⁵ OLEA, Manuel Alonso. op. cit. p. 143

Europa e para alguns de além-mar. Nesse processo, a vida do homem ocidental e a natureza das sociedades modificaram-se profundamente. As unidades produtoras ampliaram-se. As oficinas domiciliares passam a dar lugar às usinas e às fabricas. Nestas, de um lado os trabalhadores, despojados das condições de produtores, não são mais capazes de possuir os meios de produção, alienavam sua força de trabalho, transformando-se em assalariados. De outro, estava o empregador, que, na condição de detentor dos meios de produção, contratava a mão-de-obra, fornecendo equipamento, supervisionando seus usos, comercializando o produto acabado, assalariando e lucrando.¹⁶

A manufatura, exigindo grande mobilização de poupança para fins de investimento, e demandando uma quantidade igualmente grande de trabalhadores para realizar suas operações, faz nascer também a figura do proletário, que não mais se identifica com um determinado ofício hereditário ou vinculado a laços comunitários, mas exercer uma função que, na medida do possível, é facilitada ao extremo de tal forma que não seja necessário grande treinamento, ou mesmo cuidados por parte do empregador para ser executada.

É muito simples, a partir de tal pressuposto, concluir que a oferta de mão-de-obra para a prestação dos serviços iria cumulativamente ser mais fácil de encontrar, a medida que todas as exigências e dificuldades com o treinamento de um artesão seriam substituídos pela capacidade da máquina em termos de qualidade, ou seria solapada por uma produção até então sem precedente, em termos quantitativos.

As relações de trabalho, marcadas até então pela predeterminação de obra, ou de tempo de serviço, não causaram maiores transtornos à operação manufatureira, precisamente por que a mesma não exigia grande preparo técnico, ou mesmo conhecimento por parte do proletário, razão pela qual a substituição da mão-de-obra não era difícil do ponto de vista do empreendedor. Sob a ótica obreira, entretanto, o impacto foi descomunal, já que as possibilidades de se auto-sustentar tornaram-se cada vez mais escassas, e a sobrevivência do trabalhador e de sua família dependia cada vez mais de encontrar postos de trabalho na nascente indústria.

Se é verdade que modernamente não se pode entender essa característica submissão do trabalhador ao poder de comando e gerenciamento do empreendimento do empregador, por certo essa foi a principal característica que se destacou na fase inicial da Revolução Industrial no que se refere à natureza das relações de trabalho.

¹⁶ BIAVASCHI, Magda Barros. **O direito do trabalho no Brasil – 1930-1994: a construção do sujeito de direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007. p. 60

Enquanto na era clássica a continuidade se destacara e se firmara por razões transcendentais, e durante a era medieval foi substituída por uma servidão decorrente do exercício de direito de propriedade sobre o solo, a qual se transmitia em caráter hereditário, agora não havia dúvida que a relação de autoridade e subordinação entre o beneficiário da mão-de-obra e esta decorria diretamente do controle do empregador sobre os meios de produção em virtude da inversão de seu capital.

Consoante destaca Ralf Dahrendorf:

Para o trabalhador industrial o contrato de trabalho implica a aceitação de um papel que se define, entre outros aspectos, pela obrigação de obedecer a ordens de determinadas pessoas. A autoridade industrial, portanto, não envolve, evidentemente, a subordinação total de umas pessoas a outras: ela se restringe às pessoas enquanto executores de papéis determinados e limitados; mas nem por isso é menos autoridade.¹⁷

Há aqui uma curiosa inversão no progresso das relações de trabalho, que até então vinham primando pela progressiva emancipação do trabalhador com relação ao beneficiário de seus serviços. De laços indissolúveis, passando para a autonomia artesanal até uma liberdade contratual aparente, mas que não poderia ser exercida na prática já que era tolhida não por vício no exercício da vontade por parte do obreiro, mas porque a concorrência com uma gigantesca oferta de mão-de-obra fazia simplesmente crescer a capacidade de barganha do empregador ao ponto da mera adesão a termos prefixados por este¹⁸.

A precariedade do vínculo existente entre as partes, que se extinguiu naturalmente pelo decurso do tempo ou em razão da consecução de um determinado objetivo, ainda mais contribuía para este estado de dependência, já que a sobrevivência do trabalhador, de sua família, ou mesmo de todos, estava diretamente vinculada à contínua renovação de tais contratos.

Se não havia formas de alterar a relação de poder existente dentro deste formato de empresa sem que isso implicasse uma revolução completa do sistema de produção

¹⁷ DAHRENDORF, Ralf. **As classes e seus conflitos na sociedade industrial**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982. p. 222

¹⁸ Manuel Alonso Olea inclusive destaca que a evolução histórica das relações de trabalho “não é a subordinação que cria ou supõe, mas a limitação ou o desaparecimento da subordinação herdada das situações servis precedentes”. OLEA, Manuel Alonso. p. 144

vigente¹⁹, nada mais natural que se procurassem soluções dentro do sistema que conferissem aos trabalhadores, ao menos, a manutenção do vínculo na prestação de serviço que permitisse, ao menos, uma maior segurança econômica para alguém que, até ali, estava absolutamente à mercê do capricho do empregador.

E de fato, se tomarmos como parâmetros os critérios adotados para fins de caracterização de uma relação de emprego, como modernamente a conhecemos – a subordinação, a pessoalidade, a continuidade e a onerosidade da relação – não há dúvida de que é apenas nessa etapa da evolução que tais características passam a se tornar indissociáveis da forma de prestação de labor, ao menos no meio industrial²⁰.

Não surpreende, portanto, que a limitação da duração dos contratos de trabalho, que inicialmente fora consagrada como uma libertação dos grilhões da servidão da era medieval, passo a passo começasse a ceder espaço em favor da duração de contratos de trabalho por tempo indeterminado, que conferissem, ainda que de forma extremamente precária, o respaldo econômico da manutenção de um vínculo de emprego que garantisse a subsistência do empregado, sem que o mesmo se encerrasse naturalmente e forçasse o trabalhador a enfrentar o penoso processo de reiniciar uma relação de trabalho. Some-se a isso, ainda, a magnitude do impacto que as relações privadas de trabalho passavam a ter, em frente à maior dimensão da própria empresa. Não mais as relações de trabalho geravam efeitos, benéficos ou maléficos, entre as partes da relação de trabalho, como ocorria até a época das manufaturas, mas a dimensão dos empreendimentos passa a atingir toda a comunidade ao seu redor, reclamando, portanto, uma disciplina social. É o que observa Mario Deveali, ao ressaltar que:

Si la aparición de la máquina ha ocasionado la desaparición del taller artesanal y su substitución

¹⁹ Relação de poder, entretanto, que existe independentemente da natureza do regime de produção, mudando apenas o seu conteúdo de um para o outro. Conforme ressaltava Reginaldo Melhado, “O poder, tomado como fenômeno social, é uma relação entre homens e está presente em todas – ou quase todas – as dimensões da vida em sociedade... Há poder no interior da família, na empresa, nas relações entre grupos ou classes sociais e o poder constitui a alma mesmo da ficção jurídica a que chamamos de Estado”. MELHADO, Reginaldo. **Poder e sujeição: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação**. São Paulo: LTr, 2003. p. 23. É também a observação de Ralf Dahrendorf, ao sublinhar que “se uma pessoa ocupa uma posição de dominação em uma empresa é, em princípio, irrelevante se sua autoridade tem por base a propriedade, a eleição por um conselho diretor ou a designação por um órgão governamental. Do ponto de vista dos interesses latentes dos ocupantes de posições de autoridade, o fato de ocuparem tais posições é o único fator significativo”. DAHRENDORF, Ralf. op. cit. p. 226

por la planta fabril, los adelantos de la técnica, que exigen enormes inversiones, producen a su vez la desaparición de la mediana industria y la creación de grandes empresas que revisten a menudo el carácter de verdadero monopolio. Debido a la cantidad de capitales que ellas invierten y a la masa de personal que ocupan, la vida y prosperidad de esas empresas excede a menudo el campo de los intereses particulares para afectar los de la colectividad²¹.

Não há dúvida de que a proteção da continuidade da relação de trabalho surge, inicialmente, como uma proteção ao direito do trabalhador²², mas não é desarrazoado afirmar-se que, mormente na modernidade, ela também vem em proveito do empregador, na medida em que premia o investimento em treinamento e a experiência do profissional especializado, que a sociedade da informação contemporânea exige, em contraposição ao trabalho puramente repetitivo e mecânico da revolução industrial²³.

É evidente que simplesmente substituir um regime de contratação por tempo determinado por outro por regime indeterminado por si só não implicaria maior segurança econômica para o trabalhador contratante. Aliás, pelo contrário. Caso possibilitada a denúncia unilateral do contrato por qualquer uma das partes, o novo regime seria inclusive mais maléfico, já que, nas hipóteses de contrato a termo, ao menos o compromisso existe até a data apazada, gerando direito à parte prejudicada a inobservância do mesmo.

Com efeito, estabelecer como regra geral a contratação por prazo indeterminado

²⁰ Na opinião de Eugenia Revilla Esteve: “Lo que hoy conocemos y llamamos “trabajo y trabajador” es una invención de la modernidad; la forma em que los conocemos, lo practicamos y los situamos em el centro de la vida individual y social fue inventada y luego generalizada com el industrialismo”. ESTEVE, Eugenia Revilla. *El escenario europeo y comunitario de la relación de trabajo bajo el prisma que ofrece la figura del trabajador*. **Revista Crítica Jurídica**. nº 21. Curitiba: Linarth, 2002. p. 239

²¹ DEVEALI, Mario. **El derecho del trabajo: en su aplicación y sus tendencias**. Tomo I. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1983. p. 564

²² Não se ignora, como ressaltam Peter Auer e Sandrine Cazes, que: Maximum tenure might also not be straightforwardly positive for workers, at least not for those who are well trained and employable. For them, some job changes might prove beneficial in terms of wages, working conditions, career and further employability, rather than being locked into a lifelong employment relationship”. AUER, Peter; CAZES, Sandrine. **Employment stability in an age of stability: Evidence from industrialized countries**. Geneva: International Labour Office, 2002. p. 8. No entanto, o fato de se poder indicar a existência de determinados trabalhadores para quem a longa continuidade no emprego não é interessante, apenas reforça o fato de que, para a maioria, essa constitui a regra geral.

²³ Nesse sentido, destaca Carmen Camino que “parte-se da premissa da necessidade de conveniência recíprocas da sua manutenção: do empregado, porque fonte de subsistência, consubstanciada no salário, pago periodicamente em contraprestação da força de trabalho entregue; do empregador, porque dela emerge a tranquilidade de poder contar com a energia do trabalhador, canalizada, através de sua capacitação profissional, aos fins da empresa”. CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4 ed. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 517. A diferença também é destacada por José Pastore, quanto vaticina: “No passado, o adestramento permitia aos trabalhadores fazerem a mesma coisa durante toda a sua vida. Hoje, essa revolução tecnológica que não pára de acontecer exige evolução de competências que dependem muito mais de educação do que de adestramento.” PASTORE, José. **A agonia do emprego**. São Paulo: LTr, 1997. p. 16/17

só beneficia ao trabalhador na medida em que venha acompanhado de regras que protejam a dissolução do contrato de trabalho, seja garantindo-o, seja punindo a parte que resolver rompê-lo. Ou seja, se faz necessária uma série de garantias da relação de emprego que ou permitam-na perpetuar-se no tempo, ou ao menos repute como ato ilícito passível de indenização sua ruptura. É necessário que sejam instituídas limitações jurídicas que possibilitem o atingimento de desiderato da idéia de continuidade contratual²⁴.

Não se trata aqui de, necessariamente, conferir-se estabilidade absoluta ao contrato de trabalho, ou impedir que qualquer das partes o cessem. Conquanto o objeto de estudo do presente trabalhos seja o exame da garantia de emprego sob o viés da Constituição Federal, existem diversos limites e sanções jurídicas que podem ser impostas sem que necessariamente se confira à estabilidade do contrato de trabalho, eis que se tratam de dois institutos que não se confundem. Conforme salienta José Soares Filho:

a estabilidade é um dos aspectos da continuidade da relação de trabalho, ou uma maneira de obtê-la... Ao passo que o princípio da continuidade não implica impedimento de dissolução do contrato de trabalho, mas apenas procura mantê-lo; encerra, pois, um conceito mais amplo que o de estabilidade.²⁵

Sob todos os aspectos, embora o princípio de continuidade da relação de trabalho não se encerre nem se confunda com o de estabilidade, é evidente que esta possui um caráter instrumental para atingir a finalidade daquela, que é a de perpetuar a relação de emprego. A relação, portanto, é de continente para conteúdo.

Mas o princípio da continuidade não se encerra na idéia de garantia de emprego, que apenas garante sua eficácia. O objetivo da continuidade da relação de trabalho é mais amplo. Maurício Godinho Delgado identifica pelo menos três repercussões favoráveis que a continuidade da relação de emprego provoca em relação ao empregado envolvido: 1) a elevação de seus direitos trabalhistas, seja em função do avanço da legislação, seja em função de vantagens agregadas ao seu contrato de trabalho; 2) no

²⁴ Para José Martins Catharino, “São limitações em sentido jurídico aquelas que tem por fim assegurar a continuidade efetiva e permanente da relação de emprego, coibindo o mero arbítrio do empregador, favorecido por sua ascendência econômica. Visam impedir as despedidas puramente “individualistas.” CATHARINO, José Martins. **Em defesa da estabilidade: despedida versus estabilidade**. São Paulo: LTr, 1978. p. 56

investimento educacional e profissional que se inclina o empregador a realizar nos trabalhadores vinculados a longos contratos; 3) a afirmação social do indivíduo no que diz respeito às demais relações econômicas que firma perante a comunidade²⁶. Também Américo Plá Rodriguez ressalta as suas benesses, ao salientar que

tudo o que vise à conservação da fonte de trabalho, a dar segurança ao trabalhador, constitui não apenas um benefício para ele, enquanto lhe transmite uma sensação de tranquilidade, mas também redundando em benefício da própria empresa e, através dela, da sociedade, na medida em que contribui para aumentar o lucro e melhorar o clima social das relações entre as partes.²⁷

Sobressai-se, sob esse aspecto, o fato de que o ideal de continuidade da relação de emprego também implica um certo solapamento da aspiração de liberdade, não em favor da idéia de igualdade, que muito costumam a ela opor, mas sim em favor da segurança²⁸. Pode-se afirmar, em certa medida com razão, que não há liberdade onde impere a insegurança, mas também é corolário lógico da idéia de segurança que haja uma proteção aos direitos conferidos a alguém, e para todo direito reconhecido há um dever que ele corresponde, ainda que “*erga omnes*”, e esse dever, na forma de coação externa (jurídica, portanto), restringe a liberdade dos sujeitos de se comportarem como assim entenderem.

Além disso, a idéia de continuidade informa todo o regime da disciplina do contrato de trabalho com relação ao direito positivado, gerando repercussões diretas no texto legal. Não surpreende, assim, que o art. 443, da CLT, estabeleça como regra o contrato por prazo indeterminado, e apenas autorize a contratação a termo nas hipóteses que especifica. Ou ainda que estabeleça um limite máximo de duração dessa espécie contratual (art. 445, da CLT), e limite inclusive a quantidade de prorrogações, como se infere do art. 451 do diploma consolidado, cumprindo notar que a conseqüência de sua desobediência é precisamente a de transformar a relação contratual a termo em contrato por prazo indeterminado.

Some-se ainda o fato de que tais conseqüências jurídicas não se restringem à

²⁵ SOARES FILHO, José. **A proteção da relação de emprego: análise crítica em face de normas da OIT e da legislação nacional**. São Paulo: LTr, 2002. p. 184

²⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 3.^a ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 209/210

²⁷ RORIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTr; Ed. da Universidade de São Paulo, 1978. p. 139

norma escrita, mas atingem a sua interpretação e a fixação de sua extensão, quer em virtude das ilações lógicas que possa se extrair de seu conteúdo, ou da força normativa que se atribua ao princípio. Nesse diapasão, ressalta ainda Maurício Godinho Delgado que o princípio

faz presumida a ruptura contratual mais onerosa ao empregador (dispensa injusta) caso evidenciado o rompimento do vínculo; coloca, em consequência, sob ônus da defesa a prova da modalidade menos onerosa de extinção do contrato (pedido de demissão ou dispensa por justa causa, por exemplo). Faz presumida também a própria continuidade do contrato, lançado ao ônus da defesa a prova de ruptura do vínculo empregatício, em contextos processuais de controvérsia sobre a questão.²⁹

Em direta oposição à continuidade da relação de trabalho, e, obviamente, aos institutos jurídicos que procuram assegurá-la, encontra-se a extinção do contrato de trabalho, sendo impossível compreender um deles dissociado do outro. Não é possível compreender ou mesmo disciplinar os dispositivos legais que pretendam manter a relação de emprego, sem que se entenda, antes, as causas, os motivos e até mesmo os fundamentos jurídicos que justificam seu oposto, que é a cessação da relação trabalhista, razão pela qual se faz necessário o exame das hipóteses e possibilidade de término do contrato de trabalho para que se possa analisar as condições para, se não para tolher a sua existência, o que se verá, é inviável de qualquer sorte, ao menos evitar que tal fato jurídico ocorra em abuso de direito ou por força de mero capricho de uma das partes.

2. Cessação do contrato de trabalho e poder de dispensa

Formas da extinção do contrato de trabalho

Obrigação de duração e prestações sucessivas

Como toda a obrigação entre dois sujeitos, também as relações trabalhistas não duram eternamente. Se por um lado é possível afirmar que a maioria das obrigações nascem para morrer, ou seja, possuem como finalidade precípua sua extinção, o ideal de

²⁸ Sobre o tema, destaca Américo Plá Rodríguez que “o desejo de segurança é um dos traços mais típicos do homem contemporânea, tanto que, na história da humanidade, um dos legados do século XX será, sem dúvida, a idéia de segurança social.” RODRIGUEZ, Américo Plá. op. cit.. p. 138

continuidade da relação de trabalho ressalta uma das características bastante próprias dessa espécie de obrigação que é o fato de ela se prolongar no tempo, através de prestações de trato sucessivo. De fato, mesmo nos contratos por prazo determinado, que ainda subsistem, não obstante o privilégio que se confira às contratações por prazo indeterminado, ainda em tais casos a prestação de serviços se caracteriza pelo fato de um dos pólos, primeiramente, adimplir com sua obrigação (no caso, o trabalhador, através da obrigação de fazer: prestar o labor), para então poder demandar da parte adversa o cumprimento de sua parte na barganha (no caso, o empregador, através de uma obrigação de dar: pagar o salário). É verdade que as relações de trabalho não encerram seu horizonte de direitos e deveres tão-somente na prestação do serviço e na contraprestação mediante o pagamento de salário, mas o exemplo é suficiente para que se tenha em mente a natureza dessa relação.

Entretanto, conforme ressalta com propriedade Orlando Gomes:

A despeito de ter execução prolongada no tempo, contínua, periódica ou salteada, o contrato de duração não se compõe de sucessivas obrigações. Toda prestação periódica e singular não constitui obrigação distinta. A obrigação é única: fracionam-se as prestações. Não obstante, aplica-se o princípio do *post numeratio*, segundo o qual uma das partes não pode exigir da outra que satisfaça a prestação enquanto não houver cumprido totalmente o que lhe incumbe realizar.³⁰

A lição aqui é bastante evidente. Suponha-se um trabalhador que receba seu salário a cada módulo mensal de trabalho. Uma vez prestado o correspondente a um mês de serviço, faz jus o obreiro ao pagamento correspondente aquele período. Isso não significa que nasceu uma obrigação no início do mês, que se extinguirá com o pagamento, e dará início, subsequente, a uma nova obrigação, em razão da renovação da prestação de serviço. A fonte obrigacional permanece a mesma: a existência do contrato de trabalho. O que se sucede são as prestações devidas por cada uma das partes, e o momento próprio para demandar seu cumprimento. Como explica o ilustre jurista baiano, em obra diversa:

Contínuas, as prestações cuja execução compreende uma série de atos ou abstenções. Observa Von Thur que, rigorosamente, só as prestações negativas poderiam ser contínuas, pois toda conduta positiva se decompõe em uma série de atos isolados no tempo; contudo, o conceito de

²⁹ DELGADO, Maurício Godinho. op. cit. p. 211

³⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 80

continuidade não se refere aos atos materiais, de modo que, se os diversos atos podem ser interpretados como conduta única, a prestação é contínua.

Dentre as prestações contínuas salientam-se as que se caracterizam pela prática de atos reiterados, periódicos ou não. Nas relações obrigacionais que os exigem, a obrigação é única, mas concorrem vários créditos, cada qual com sua própria obrigação.³¹

Dessa forma, o pagamento de salários, a concessão de férias, o adimplemento do décimo terceiro salário, ou a observância dos demais direitos creditícios trabalhistas, não importam a extinção da obrigação existente entre as partes, mas apenas o crédito correspondente àquela prestação.

Mas é evidente que o direito admite a cessação da relação de trabalho entre as partes, e o faz de mais de uma maneira, eis que, caso contrário, estar-se-ia admitindo o retorno a regimes de servidão, já deixados para trás na história.

É possível dividir as hipóteses de extinção da relação de trabalho em cinco grandes grupos: 1) extinção do contrato por iniciativa do empregado; 2) extinção do contrato por iniciativa do empregado; 3) extinção do contrato por ato de ambas as partes; 4) extinção do contrato por ato de terceiro; 5) extinção do contrato em decorrência de fato jurídico alheio à vontade das partes.

Extinção do contrato em decorrência de fato jurídico alheio à vontade das partes

Em diversas ocasiões, o término da relação de trabalho não decorre de um ato de vontade exercido por qualquer uma das partes para por fim a relação. É possível que a relação termine em razão do exercício da vontade por ocasião da formação do contrato de trabalho (por exemplo, quando são estabelecidos termos ou mesmo condições resolutivas), mas ainda assim, não é a vontade de uma das partes que, ao final, dará fim à relação existente.

Uma das hipóteses mais comuns de término do contrato de trabalho por ocasião de um fato jurídico são os contratos por prazo determinado, em que desde o início da relação fixa-se um termo no qual se dará a cessação da relação de trabalho entre as partes. Por vezes esse termo pode ser substituído, ou mesmo existir paralelamente a uma condição resolutiva, como o término de uma obra, nos contratos por obra certa. De qualquer forma, a verificação do fato estipulado, seja ele o término da tarefa ou o

³¹ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 52

decurso do tempo, põe fim à relação contratual. É o que ocorre nos contratos por prazo determinado expressamente previstos na CLT, ou ainda aqueles admitidos pela legislação esparsa, como ocorre com os contratos de safra ou os contratos firmados com jogadores de futebol profissional.

Em tais hipóteses, a ocorrência do fato previsto, ou o decurso do prazo fixado extingue naturalmente o contrato. É evidente que não se ignora que mesmo em tais casos é possível que o contrato seja encerrado por razões diversas do advento do fato jurídico estipulado, como ocorre, por exemplo, nas situações em que uma das partes opta por extinguir o contrato antecipadamente à ocorrência do termo ou condição. Nesses casos, a própria lei já estabelece a sanção em decorrência do descumprimento do pactuado (nesse sentido o disposto nos artigos 479 e 480, da CLT).

Entretanto, existem outras ocorrências que podem gerar a extinção do contrato, mesmo nas hipóteses de prazo determinado, sem que seja possível atribuir a uma das partes a prática de um ato ilícito. É o que ocorre, por exemplo, na circunstância de morte do empregado. Nesse caso, a obrigação de prestar serviços não se transfere aos herdeiros ou dependentes, tendo em vista o caráter de pessoalidade da prestação dos serviços, embora os mesmos sejam parte legítima para exigir o adimplemento dos direitos adquiridos pelo *de cuius*.

Situação diferenciada ocorre nas hipóteses de morte do empregador, em que o contrato de trabalho não é encerrado, necessariamente, eis que o empreendimento pode continuar nas mãos de outrem. Não obstante, o art. 483, § 2º, da CLT, confere aos empregados a faculdade de rescindir legalmente o contrato de trabalho na hipótese de morte do empregador constituído em empresa individual. Nesse caso, contudo, a extinção do contrato de trabalho não decorre exclusivamente de um fato alheio à vontade das partes, eis que a extinção do contrato de trabalho depende do ato volitivo do empregado de assim o reputar.

Conforme explica Ernesto Krotoschin:

El contrato de trabajo se presume *intuitu personae* para el deudor; pero, normalmente, no para el acreedor de la prestación de trabajo. De ahí que la muerte del empleador solo es causa de la

extinción del contrato cuando las “condiciones personales o legales u otras circunstancias hayan sido la causa determinante de la relación laboral y sin las cuales ésta no podría proseguir”³².

Naturalmente, se o falecimento do empregador constituído em empresa individual implicar a extinção da mesma, o contrato será igualmente rescindido, independentemente da concorrência da vontade do empregado. Como corolário lógico, todas as situações em que ocorrer a extinção da empresa, o contrato de trabalho tampouco perdurará. É evidente que é possível afirmar que, em diversos casos de extinção da empresa, há um ato de vontade do empregador, mas isso não ocorre em todas as hipóteses, podendo-se citar, por exemplo, a falência da mesma³³, ou ainda a ocorrência de força maior, como um incidência que destrói o único estabelecimento da empresa.

2.1.3 Extinção do contrato por ato de terceiro

A extinção do contrato por ato de terceiro, obviamente, também diz respeito a uma circunstância em que a relação de trabalho se extingue por motivo alheio à vontade das partes. A diferença desta situação para as anteriormente mencionadas é que onde antes havia apenas a ocorrência de um fato jurídico, ou mesmo de um fato natural com repercussões jurídicas, como o caso do falecimento, aqui há um negócio jurídico praticado por um terceiro que culmina na extinção do contrato de trabalho existente entre as partes.

A mera aquisição de um estabelecimento, a fusão de duas sociedades, a aquisição de uma empresa por outra, ou qualquer ato semelhante que implique alteração na estrutura jurídica da empresa ou mudança em sua propriedade não afetam os contratos de trabalho em vigor, consoante literal disposição contida no art. 448, da CLT.

Entretanto, a própria CLT admite, em seu artigo 486, que

³² KROTOSCHIN, Ernesto. **Manual de derecho del trabajo**. 4. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 143. As condições mencionadas pelo autor dizem respeito ao direito argentino, mas a lição é válida no sentido de contrapor a diferença da natureza *intuitu personae* com relação ao trabalhador, e a inexistência, necessariamente, da recíproca com relação ao empregador.

No caso de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade, prevalecerá o pagamento de indenização, que ficará a cargo do governo responsável.

Trata-se aqui daquilo que a doutrina denomina de *factum principis*, assim entendido como o ato do governo que provoca a paralisação definitiva do empreendimento ou mesmo a interrupção das atividades que acabe por gerar extinções dos contratos de trabalho.

Sobre o tema, explicam José Affonso Dallegrave Neto e Cláudia Salles Vilela Vianna:

A lei fala em paralisação temporária ou definitiva. Logo, a mera interrupção da atividade patronal motivada por ato de autoridade pública será suficiente para configurar o *factum principis* e transferir os ônus da rescisão contratual ao Estado, desde que (a paralisação temporária), implique cessação das atividades da empresa. Imagina-se que o fato do príncipe importe a paralisação da empresa por 180 dias. Ora, é óbvio que tal cessação, ainda que temporária, implicará prejuízo direto capaz de ensejar a rescisão contratual dos empregados que nela trabalham. Destarte, o encargo indenizatório deverá ser suportado pelo agente governamental.³⁴

2.1.4 Extinção do contrato por ato de ambas as partes

Existem três formas através das quais ambas as partes podem pôr fim ao contrato de trabalho. A mais simples delas ocorre quando ambas pactuam, mediante acordo, isto é, com a confluência de suas vontades, a cessação do contrato de trabalho. Não se trata de uma forma de extinção contratual muito adotada no país, o que apenas revela o absoluto desinteresse, notadamente por parte do trabalhado, em pôr fim à relação de emprego, e tampouco do empregador em negociar, já que, como se verá adiante, prefere lançar mão do direito potestativo de encerrar a relação unilateralmente.

Independentemente de tal fato, a transação entre as partes é perfeitamente

³³ Sobre esse respeito, aliás, um estudo realizado pelo IPEA concluiu que “quase 40% da realocação do emprego no Brasil são devidos à falência e à abertura de novas unidades locais de atividades. Este valor é superior à maioria dos países industrializados e até de países em desenvolvimento. Os alto valores também sugerem baixos custos de entrada e de exercício de opção de fechamento de um estabelecimento...” CORSEUIL, Carlos Henrique; RIBEIRO, Eduardo Pontual; SANTOS, Daniel; DIAS, Rodrigo. **Criação, destruição a realocação de emprego no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, 2002. p. 38

admissível para esse intuito, seja ela realizada judicialmente ou extrajudicialmente, perante as comissões de conciliação prévia, câmaras de arbitragem ou mesmo diretamente entre as partes.

É verdade que o horizonte de negociação não é amplo, eis que ainda devem ser respeitados os direitos adquiridos pelo trabalhador, como ocorre, a título de exemplo, com o saldo salarial ou férias vencidas. Ainda assim, tal espécie de terminação do contrato certamente contribuiria para melhorar a relação entre as partes e desafogar os litígios em torno do tema.

Entretanto, é possível incluir também entre as hipóteses de extinção do contrato por ato de ambas as partes as situações em que tanto o empregado quanto o empregador praticam uma falta grave capaz de facultar à parte adversa pleitear o fim da relação de emprego. Como se verá com mais ênfase adiante, a legislação pátria prevê, de forma taxativa, uma série de atos praticados pelas partes que caracterizam justo motivo para que a outra dê por encerrada a relação de trabalho. Tratam-se das justas causas legalmente admitidas³⁵.

Rigorosamente, a prática de uma falta grave que autorize o término da relação de trabalho por justa costuma conferir a apenas um dos pólos da relação, aquele prejudicado pelo ato ilícito cometido pela parte contrária, o término da relação de trabalho. Contudo, não raras vezes é possível que haja uma concorrência de faltas graves praticadas por ambos os lados, isto é, que tanto o trabalhador quanto o empregado cometam, conjuntamente, atos que possibilitem à parte contrária dar por encerrada a relação de trabalho. Exemplo típico dessa situação pode se verificar quando haja intercâmbio de ofensas entre as partes, ou até mesmo de agressões físicas, no caso, a culpa pode ser atribuída a cada uma delas, que podem, então exercer o direito de encerrar a relação de trabalho, com culpa recíproca.

Tal circunstância, à toda evidência, diferencia-se da hipótese tratada anteriormente, eis que não há transação entre as partes, tampouco confluência de

³⁴ DALLEGRAVE NETO, José Affonso; VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Rescisão do contrato de trabalho: doutrina e prática**. São Paulo: LTr, 2001. p. 78

³⁵ Cumpra registrar aqui, entretanto, a irresignação de Wagner Drdla Giglio a respeito da terminologia: “Justa causa sempre nos pareceu uma expressão infeliz, porque causa não tem nela sentido jurídico, mas popular, e justa (ou injusta) poderá ver a ser a conseqüência do motivo determinante da rescisão, nunca o próprio motivo, ou causa. Assim, a justa causa não seria nem justa, nem causa e melhor andaríamos se a ela nos referíssemos, seguindo o exemplo da lei, como motivo da rescisão”. GIGLIO, Wagner Drdla. **Justa causa**. 5.ed. São Paulo: LTr, 1994. p. 16. Não obstante as ponderadas razões do doutrinador em tela, será adotado doravante a terminologia “justa causa” tanto por se tratar da denominação adotada legalmente, como consagrada na doutrina e na jurisprudência.

vontades com o desiderato de pôr fim à relação. Neste caso, ambas as partes acusam-se reciprocamente da prática de ato ilícito, rompendo a relação por culpa da outra. É quase desnecessário dizer que apenas em raras ocasiões há uma anuência recíproca de culpa, razão pela qual tais espécies de cessação da relação de trabalho costumam ser concluídas apenas judicialmente.

Na situação de culpa recíproca, portanto, o ato que dá origem ao término da relação contratual não é um ato volitivo voltado para este fim, mas a prática de um ato ilícito que faculta à parte adversa considerar rompido o pacto de trabalho existente.

Outra hipótese que pode ser colocada sob a mesma classificação é aquela em que ambas as partes concorrem com atos de vontade para produzir um negócio jurídico nulo ou inexistente. Inserem-se aqui os supostos contratos de trabalho que tenham por objeto a prestação de serviços ilícitos, tais como a prostituição, o tráfico de entorpecentes ou mesmo a negociação de jogos de azar. Bastante comum, entretanto, é a confluência de vontades para a pactuação de contratos nulos firmados entre a Administração Pública e um particular, sem a devida aprovação em concurso público, como o exige o art. 37, II, da Constituição Federal.

É verdade que, ressalvadas as hipóteses em que o próprio objeto da prestação de serviços é ilícito, a jurisprudência trabalhista costuma atribuir alguns efeitos mesmos aos contratos nulos, de forma a evitar, sobretudo, a admissão de prestação de serviços análoga à condição de escravo. Nesse sentido destaca-se a Súmula nº 363, do C. TST, que reza:

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

È evidente que o maior grau de reprovação, nesse caso, recai sobre a Administração Pública, que mediante atos de contratação irregular fere diversos princípios administrativos, notadamente os princípios da legalidade e da moralidade pública. Não obstante, é evidente que, como ocorre em todo e qualquer contrato, há também aqui uma confluência de vontades, eis que o trabalhador concorda em ser contratado sem a prestação de concurso público, ainda que em ofensa ao dispositivo constitucional.

A confluência de vontades, nesse caso, não visa a extinção da relação de trabalho, mas sua formação. Como ambas as partes concorrem para o ato ilícito, a sua nulidade é uma decorrência lógica do ato praticado por cada pólo da relação.

2.1.5 Extinção do contrato por iniciativa do empregado

O direito brasileiro, assim como o de qualquer democracia no mundo, reconhece o direito aos trabalhadores de extinguirem a relação contratual por sua iniciativa, em duas circunstâncias distintas: por ato unilateral, sem justa causa ou em virtude da prática de ato ilícito pelo empregador, a que se costuma denominar de “rescisão indireta”.

Conforme já mencionado anteriormente, é possível o término do contrato de trabalho em virtude da prática de um ato ilícito pela parte contrária. Os atos que autorizam o encerramento da relação sob tal fundamento encontram expressa previsão legal. A CLT elenca uma série de fundamentos pelos quais o empregado pode considerar rescindido seu contrato de trabalho e pleitear a indenização correspondente, em seu art. 483. A legislação alberga diversas hipóteses nas quais o empregado pode tomar a iniciativa da rescisão em tais casos, como quando for alvo de ofensas ou agressões físicas por parte do empregador ou de seus prepostos, quando for tratado com rigor excessivo, quando correr perigo de mal considerável em virtude da prestação de seus serviços, quando o empregador não cumprir as obrigações do contrato, entre outros.

Nas hipóteses de justa causa por ato cometido pelo empregador, a lei autoriza o empregado a cessar a prestação de serviços, considerando extinta a relação de trabalho, e conferindo ao trabalhador a percepção de todos os direitos creditícios a que faria jus caso o término da relação tivesse ocorrido por iniciativa do empregador, sem justa causa.

Na maior parte dos casos, é perfeitamente natural que o empregador não aceite o motivo dado pelo empregado, eis que implica um reconhecimento de que ele, empregador cometeu um ato ilícito. Por essa razão, também aqui o reconhecimento da causa do término da relação do contrato de trabalho, assim como o pagamento de suas seqüelas creditícias, costuma ser resolvido apenas em juízo.

Ora, é evidente que se por um lado o trabalhador tem interesse na continuidade da relação de trabalho, por outro não está obrigado a sujeitar-se a qualquer condição de trabalho que lhe seja imposta, razão pela qual a lei autoriza a extinção do contrato de trabalho por sua iniciativa, em virtude dos atos ilícitos praticados pelo empregador.

Se tal circunstância de cessação da relação de trabalho é perfeitamente

compreendida, não raro questiona-se o fato de a lei autorizar o empregado a extinguir a relação de trabalho por iniciativa própria, a qualquer momento, sem que a parte contrária cometa qualquer ato ilícito. Tal situação, não raras vezes, é vista como uma infração ao princípio da isonomia (eis que não pune o empregado como pune o empregador, como se verá adiante), além de ser contraditória à tese de que interessaria aos trabalhadores a continuidade da relação.

Semelhante visão, entretanto, não resiste a uma simples análise.

O princípio da continuidade da relação de emprego e o direito do empregado à desligar-se do emprego por ato unilateral destinam-se a preservar bens jurídicos distintos.

Já se viu anteriormente que a continuidade da relação de trabalho possui como finalidade precípua a proteção à segurança jurídica e econômica do empregado, que depende da manutenção do emprego para sua própria subsistência. Não se ignora que a saída de um empregado, por vezes, pode causar contratempos para o empregador, que talvez sequer seja capaz de encontrar alguém com a mesma capacidade do trabalhador que se desligou da empresa. Mas a importância da manutenção do empregado na empresa para o empregador não se compara à magnitude da importância da continuidade da relação de trabalho do ponto de vista do empregado³⁶.

Já o direito de desligamento do empregado visa, substancialmente, a proteger a liberdade do trabalhador, sob pena de condenar-se o mesmo ao regime de servidão que a evolução das relações de trabalho procurou relegar à antigüidade³⁷. Nesse diapasão a opinião de Renato Ruy Almeida, para quem

³⁶ Como bem assevera José Soares Filho: “para o empregador, a rescisão contratual de iniciativa do empregado constitui um contratempo, enquanto a rescisão do contrato de trabalho por iniciativa do empregador pode acarretar ao trabalhador e sua família instabilidade e miséria, sobretudo em períodos de desemprego generalizado”. SOARES FILHO, José. op. cit. p. 190. A posição de Guillermo Cabanella segue o mesmo diapasão, ao sublinhar que “la situación entre patronos y trabajadores es distinta en este problema. En el caso de que un trabajador, sin alegación de causa justificada, deje su empleo, no perjudica mui gravemente al patrono, porque éste encuentra con facilidad, quizás inmediatamente, un reemplazante; en cambio, el trabajador despedido, principalmente en época de crisis de trabajo, debe agotar sus ya escasas reservas económicas antes de hallar otro empleo para su actividad”. CABANELLAS, Guillermo. **Tratado de derecho laboral**. Tomo II. Vol. 2: contrato de trabajo. 3. ed. Buenos Aires: Heliasta, 1988. p. 586

³⁷ Situação esse bem destacada por Mario Deveali, ao apontar que “mientras que el término, en la generalidad de los casos, es bilateral, o sea, rige respecto a ambos contratantes – empleador y trabajador – la estabilidad está dispuesta solamente a favor del trabajador, puesto que, em caso contrario, se llegaría a consagrar la obligación para el trabajador de vincular sus servicios por toda la vida a un empleador; obligación que está expresamente prohibida por algunas legislaciones y que desde luego contrasta con los principios de la libertad individual”. DEVEALI, Mario. **El derecho del trabajo: en su aplicación y sus tendencias**. Tomo I. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1983. p. 537

o chamado pedido de demissão nada mais é do que o exercício da liberdade de trabalho, ao passo que a despedida do empregado só se justifica por um justo motivo, e, por essa razão, a liberdade contratual do empregador e seu corolário, o ato de denunciar unilateralmente o contrato de trabalho, sofrem restrições em função do bem jurídico representado pelo emprego.³⁸

No mesmo sentido a assertiva de Alfredo Montoya Melgar:

El Derecho desea, pues, garantizar enérgicamente la libertad del trabajador frente a los peligros que para ella podría entrañar la contratación por tiempo indefinido, permitiendo em todo momento la extinción del contrato por voluntad del trabajador sin necesidad de alegación de causa justa.³⁹

Além disso, não se pode ignorar que mesmo nas ocasiões em que o empregado optar por tomar a iniciativa de “pedir demissão” a lei estabelece conseqüências jurídicas que devem ser respeitadas pelo trabalhador. Assim é nos contratos por prazo indeterminado, o empregado que tomar a iniciativa de se desligar do emprego sem a prática de qualquer ato ilícito pelo empregador deve cumprir o aviso prévio em favor deste (art. 487, da CLT). Da mesma forma, nas hipóteses em que o empregado tomar a iniciativa de rescindir o contrato de trabalho havendo estipulação de termo ou condição, será obrigado inclusive a ressarcir o empregador dos prejuízos que desse fato lhe resultarem, conforme dispõe o art. 480, da CLT.

É verdade que a legislação nacional poderia ser mais severa, ou ao menos resguardar o interesse do empregador em determinadas hipóteses em que a saída do empregado lhe cause nítido prejuízo. Não raras vezes, por exemplo, o empregador, interessado em investir no capital humano de sua empresa, financia cursos, treinamento e estudos para seus empregados, com a expectativa de que tal investimento reverta em prol de seu empreendimento, para logo após o trabalhador desligar-se da empresa, aproveitando tal investimento exclusivamente em seu próprio benefício ou, por vezes, até mesmo em favor de concorrentes direto do empregador que nele investiu. Não parece fugir do razoável que a lei estabelecesse, em tais hipóteses, alguma espécie de salvaguarda ao empregador, seja fixando um prazo dentro do qual o empregado não poderia se desligar do emprego, sob pena de pagamento de indenização correspondente

³⁸ ALMEIDA, Renato Rua. O regime geral do direito do trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa – estudo comparado entre a legislação brasileira e as legislações portuguesa, espanhola e francesa. in Revista LTr. Março de 2007. Ano 71. n.º 03. São Paulo: LTr, 2007. p. 336

ao investimento realizado, ou atribuindo ao novo empregador a responsabilidade de ressarcir o investimento realizado pelo antigo⁴⁰. Semelhante iniciativa, além de incentivar os empregadores a investirem em seu pessoal, coibiria a prática de má-fé por parte dos empregados, ou de concorrência desleal por parte de outros empregadores, além de contribuir, indiretamente, para a continuidade da relação de trabalho, conforme bem destacam Peter Auer e Sandrine Cazes:

Human-capital investments in firm-specific skills will usually be made only when there is a good probability that firms will recoup their investment costs, and this is usually only possible when workers stay a sufficient length of time with the firm.⁴¹

De qualquer sorte, o importante a ter em mente neste ponto é que as normas relativas à continuidade da relação de trabalho, e aquelas que asseguram o direito do empregado de desligar-se do emprego, visam a assegurar bens jurídicos distintos, razão pela qual sua coexistência não traz em seu bojo qualquer espécie de contradição legal.

2.1.6 Extinção do contrato por iniciativa do empregador

De todas as formas de terminação da relação de trabalho, não há dúvida de que as que suscitam os maiores problemas e questionamentos são aquelas que decorrem da iniciativa do empregador. Assim como ocorre com a terminação da relação por iniciativa do empregado, também aqui é possível divisar duas formas básicas pelas quais o empregador pode encerrar a relação de trabalho: uma delas decorrente da prática de um ato ilícito pelo empregador, a outra, e certamente mais discutida, decorrente da pura vontade unilateral do empregador, independentemente de qualquer ato praticado

³⁹ MELGAR, Alfredo Montoya. **Derecho del trabajo**. 17.^a ed. Madrid: Tecnos, 1996. p. 457

⁴⁰ Aliás, Jean-Claude Javillier, versando sobre o direito francês a respeito do tema, vai ainda mais longe na responsabilização do novo empregador, ao afirmar que “quando o contrato de trabalho foi abusivamente rompido pelo assalariado por ter sido contratado por um novo empregador, este é solidariamente responsável pelo dano causado ao empregador precedente. O novo empregador terá envolvimento na demissão, ou por ter contratado o trabalhador sabendo que ele estava ligado através de um contrato com um outro empregador, ou ainda ter dado continuidade à execução do contrato tendo conhecimento da existência de outro contrato de trabalho”. JAVILLIER, Jean-Claude. **Manual de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1988. p. 120. A consequência aqui é bastante dura, e, naturalmente, deve ser analisada no caso concreto. Parece que o mero desligamento do empregado e sua contratação por outro empregado não justificaria semelhante condenação, mas apenas quando se verificar efetivamente a abusividade no rompimento contratual, o que pode ser entendido como uma violação de boa-fé subjetiva e objetiva na conduta do empregado.

⁴¹ AUER, Peter; CAZES, Sandrine (edit.) **Employment stability in an age of stability: Evidence from industrialized countries**. Geneva: International Labour Office, 2002. p. 6

pela parte adversa.

Conforme já se ressaltou anteriormente, as razões pela diferença de importância entre a prática do ato de rompimento da relação por iniciativa do empregado, em contraposição à prática pelo empregador, são de ordem fundamentalmente econômica. O impacto que a perda do emprego tem sobre o trabalhador é desproporcionalmente maior que o impacto da perda de um empregado por parte de uma empresa. Tal seqüela abrange, de forma imediata, a subsistência da família, mas seus efeitos se estendem para muito além do ambiente familiar. Conforme explana Osvaldino Rojas Lugo:

O fim do contrato de trabalho provoca efeitos econômicos, afetando principalmente o trabalhador e sua família. O obreiro que perde o seu emprego é um consumidor que necessariamente tem de restringir ao mínimo o consumo de artigos e serviços. Essa impossibilidade ou menor capacidade aquisitiva do trabalhador, ao se ver despojado de seu salário, afeta claramente o setor empresarial, já que seus produtos ou artigos se estendem ao comércio e suas vendas necessariamente baixam, com a conseqüente diminuição da produção. Esse impacto econômico negativo que produz a extinção do contrato de trabalho pode afetar o recolhimento ao erário público, visto que quando o consumo é onerado, a contribuição e o recolhimento de impostos recebem o impacto do processo, que atinge diretamente o comércio. Há que se aceitar o fato de que a diminuição do consumo reflete na produção, e o efeito econômico negativo incide em todo o processo da vida econômica do país.⁴²

É claro que, cerebrinamente, é possível aventar hipóteses nas quais a perda de um trabalhador para uma determinada empresa é irreparável, e outros em que o trabalhador realmente seja capaz de viver confortavelmente ainda que tenha sido dispensado pelo empregador. Mas é precisamente pelo fato de que tais situações são excepcionais que se confirma a regra de que, para a esmagadora maioria dos trabalhadores, a perda do emprego tem um impacto brutal sobre sua vida e de todos aqueles que são seus dependentes

A dispensa de um empregado em função da prática, por este, de um ato ilícito justificador da cessação do contrato de trabalho envolve, por certo, polêmicas, mas elas constituem discussões que dizem muito mais respeito ao conteúdo do que se considera apto para ensejar tal conseqüência jurídica, ou a respeito da própria natureza do ato, do que com relação à justiça de sua existência.

E de fato, mesmo nos países que maiores garantias conferem à manutenção do

contrato de trabalho, e que mais cerceiam a liberdade do empregador com relação à capacidade de tomar a iniciativa de pôr fim ao contrato de trabalho, reconhece-se que é possível sua terminação em função da prática de atos por parte do trabalhador que tornem insustentável a manutenção do vínculo. Por certo os países diferem no que diz respeito ao procedimento para essa forma de dispensa: por vezes exige-se o ajuizamento de ação judicial prévia, por outro a submissão do caso a um conselho administrativo público que autorize a terminação do contrato, e em outros a mera comunicação ao empregado indicando o comportamento que gerou o término da relação de trabalho.

As hipóteses em que a lei admite a dispensa do empregado por justa causa estão, no Brasil, elencadas no art. 482, da CLT, sendo certo que a doutrina e a jurisprudência são praticamente unânimes no sentido de que as hipóteses previstas legalmente são “*numerus clausu*”. Positivar legalmente as hipóteses de dispensa por justa causa, contudo, parece mais agravar a discussão do que facilitá-la. Diversos comportamentos previstos legalmente como justificadores da dispensa tem sido atacados recentemente, como ocorre com a embriaguez habitual do empregado, ou mesmo em serviço, eis que se entende que a embriaguez constitui uma doença que demanda tratamento. Da mesma forma, a previsão de dispensa do empregado pela prática constante de jogos de azar também é criticada por implicar um extrapolamento do poder de direção do empregador para além dos estritos limites da relação de trabalho⁴³. A justa causa por atentado contra a segurança nacional também sugere um retorno ao passado corporativista do direito do trabalho, não configurando comportamento que se insere, estritamente, na relação de trabalho mantida entre empregado e empregador. Não se pode censurar, assim, a observação de Wagner Giglio quando assevera que o dirigente de empresa

⁴² LUGO, Osvaldino Rojas. *Despedida arbitrária ante a garantia de emprego*. in RODRIGUES, Aluisio. **Direito constitucional do trabalho**. vol. II. São Paulo: LTr, 1997. p. 185

⁴³ Nesse sentido, adverte Evaristo Moraes Filho que, “somente quando exista conexão entre a falta e as prestações contratuais, somente quando a conduta do empregado possa ter repercussões em suas relações específicas de trabalho ou atingir a boa reputação da empresa, dada a qualidade do seu emprego, é que pode o empregador intervir, fazendo valer esta sua qualidade”. MORAES FILHO, Evaristo. **MORAES FILHO, Evaristo. A justa causa na rescisão do contrato de trabalho**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.p. 152. Para Aldacy Rachid Coutinho, “o sistema punitivo trabalhista visa dar respaldo à necessidade de se acolher numa estrutura contratual condutas que extrapolam o cumprimento do pacto, tais como a conduta do empregado em relação aos seus colegas e aos superiores, a conduta privada dos trabalhadores quanto à moral e probidade”. COUTINHO, Aldacy Rachid. op. cit. p. 234. Se é possível concordar com esta última opinião no que se refere ao controle das relações do trabalhador com seus colegas, já que todos se inserem na mesma espécie de vínculo jurídico e subordinação ao empregador, o mesmo não pode ser dito com relação aos efeitos para além do contrato de trabalho, que parece muito mais fruto circunstancial de disposições legais em nosso país do que propriamente uma característica intrínseca ao poder punitivo.

ainda retém grande dose de poder de mando, extensivo além da órbita da relação de emprego, para se imiscuir na vida privada do trabalhador. Assim, a própria lei prevê hipóteses em que de atos de comportamento particular do empregado derivam direitos do empregador, como acontece com as justas causas de prática constante de jogos de azar e de embriaguez habitual: ainda que diligente, honesto, sóbrio e cooperador, durante o serviço, a conduta privada do empregado autoriza o despedimento.⁴⁴

Na verdade, a própria jurisprudência tem entendido que o enquadramento jurídico atribuído pelo empregador à hipótese é irrelevante para fins de validade da dispensa do empregado, sendo importante tão-somente o fundamento fático da mesma. Melhor seria, talvez, que a lei estipulasse uma norma aberta, admitindo a dispensa por justa causa em toda hipótese que violasse o comportamento esperado do empregado, de forma a importar a impossibilidade da continuação do vínculo de emprego, deixando ao Poder Judiciário a tarefa de avaliar a justiça da extinção do contrato.

Maior debate, entretanto, trava-se no que diz respeito à natureza da extinção do contrato de trabalho por justa causa. Isso porque, de forma praticamente majoritária, concebe-se essa hipótese de rescisão contratual como uma manifestação do poder disciplinar (punitivo) do empregador⁴⁵, característica essa que o afastaria da natureza da rescisão indireta de que pode se valer o empregado. Nesse sentido, salienta Aldacy Rachid Coutinho que:

Ocorre que o empregador também descumpra determinadas obrigações contratuais ou deveres. Jamais, ninguém, alega – por quanto suposto insustentável – estar diante de um poder punitivo do empregado que rescinde o contrato por despedida indireta.⁴⁶

A visão da dispensa por justa causa como uma etapa ou grau de punição do empregador é razoavelmente difundida, e pode ser expressa, por exemplo, na opinião de Alfredo Montoya Melgar a esse respeito, para quem

El incumplimiento de sus obligaciones laborales hace incurrir al trabajador em responsabilidad, cuya onerosidad dependerá de la gravedad de la falta. Los más graves incumplimientos atraen

⁴⁴ GIGLIO, Wagner Drdla. **Justa causa**. 5.^a ed. São Paulo: LTr, 1994. p. 33

⁴⁵ v. COUTINHO, Aldacy Rachid. op. cit. p. 223.

⁴⁶ COUTINHO, Aldacy Rachid. op. cit. p. 224. Seguindo a mesma linha de raciocínio, assevera Evaristo Moraes Filho que “o empregador pode dar-se ao vício de embriaguez habitual, à prática constante de jogos de azar, a outros negócios escusos e mais ou menos suspeitos de honestidade, aos quais muitas vezes associa o seu empregado – e os exemplos são muitos – sem que este possa por estes fatos romper o seu contrato, com direito à indenização e ao aviso prévio”. MORAES FILHO, Evaristo. op. cit. p. 157

sobre sí, consecuentemente, las más enérgicas reacciones del Ordenamiento jurídico; éste pone así em manos del empresario um repertorio de posibles medidas sancionadoras de conductas ilícitas del trabajador, la más grave y extrema de las cuales es el despido, adjetivado como disciplinario em atención a su propósito punitivo⁴⁷

Rigorosamente falando, contudo, o poder disciplinar do empregador só pode ser exercido enquanto durar o contrato, ou seja, em sua vigência. As hipóteses mais conhecidas de exercício do poder punitivo do empregador, tais como a advertência verbal ou escrita e a suspensão, com efeito, ou não possuem previsão legal ou, quando muito, estabelecem um certo limite para o seu exercício (e.g. a vedação de suspender o empregado por mais de 30 dias). De qualquer sorte, o horizonte de atuação e juízo discricionário de oportunidade e adequação para o empregador é bastante grande. No caso da dispensa por justa causa, entretanto, não existe uma punição de caráter disciplinar, o empregador tão-somente faz uso de uma faculdade que a lei lhe atribui de encerrar o negócio jurídico em virtude da subsunção de um determinado comportamento do empregado à hipótese legal. Mas é claro, como bem ressalta José Luiz Ferreira Prunes,

O poder disciplinar, revela-se em sua plenitude naquelas sanções que não quebram o contrato... Contudo, o entendimento social e as funestas conseqüências econômicas que passam a ser enfrentadas pelo trabalhador despedida por justa causa apontam para uma ociosidade forçada que é encarada como supremo castigo.⁴⁸

Tem-se, portanto, que a justa causa, para este autor, é concebida como uma punição no que diz respeito às suas conseqüências econômicas, e não jurídicas. Contudo, não se pode reprovar totalmente o entendimento que enxerga na justa causa um caráter punitivo, tendo em vista o princípio elementar que disciplina a extinção por justa causa, que é o princípio da proporcionalidade. É entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência que, para a rescisão por justa causa ser reputada válida, ela deve ser proporcional à gravidade do comportamento do empregado. É dizer, nas ocasiões em que o comportamento do empregado, embora se insira nas hipóteses legais, não for reputado grave o suficiente, então deve o empregador fazer uso do seu poder punitivo

⁴⁷ MELGAR, Alfredo Montoya. **Derecho del trabajo**. 17.^a ed. Madrid: Tecnos, 1996. p. 463. Entendimento similar é adotado por Wagner Giglio, para quem a dispensa sob tal fundamento constitui apenas uma etapa ou grau de sanção, ao lado da advertência e da suspensão. cf. GIGLIO, Wagner Drdla. **Justa causa**. 5.^a ed. São Paulo: LTr, 1994. p. 19

ao trabalhador, ao invés de extinguir a relação de trabalho. Em uma curiosa evolução procedimental, o poder punitivo conferido ao empregador acaba por se tornar uma ferramenta de manutenção do posto de trabalho do empregado, de forma a evitar a extinção por justa causa. No mesmo sentido, aliás, a lição de Aldacy Rachid Coutinho, para quem

O poder sancionador é apresentado, então, como medida de preservação do contrato de trabalho, limitando as reações que determinam a rescisão contratual tão-somente para descumprimentos graves e outras faltas no curso da relação empregatícia, às vezes freqüentes, permitiriam a permanência do empregado no seu posto de trabalho.⁴⁹

Nada mais natural, portanto, que acabe se compreendendo a dispensa por justa causa como a etapa derradeira de um processo de sanção do trabalhador, ou, ao menos, sua pena máxima. Mas o fato do poder punitivo ser utilizado como um mecanismo para prevenir essa espécie de extinção do contrato não significa, sob forma alguma, que a rescisão contratual por justa causa possua a mesma natureza de punição. Na verdade, se sanção existe nessa hipótese de extinção do contrato de trabalho, ela está relacionada às verbas rescisórias que dela decorrem, já que o empregado dispensado sob tal fundamento não faz jus a diversos direitos, tais como o aviso prévio, a multa fundiária, ou a percepção do 13º salário e das férias proporcionais, os quais possuiria caso a ruptura tivesse ocorrido por fundamento diverso.

O fundamento da dispensa, portanto, pode ser disciplinar, mas o ato de extinção contratual não ganha contornos punitivos por essa razão.

De outro lado, e certamente desprovido absolutamente de qualquer conteúdo punitivo, encontra-se a dispensa do empregado por ato unilateral do empregador sem justa causa, isto é, não enquadrada nas hipóteses de falta grave expressamente consignadas na legislação.

De todas as hipóteses de extinção do contrato de trabalho, sem dúvida alguma esta é a que levanta as maiores polêmicas, posto que implica a perda da fonte de subsistência do trabalhador por ato unilateral do empregado, sem que objetivamente

⁴⁸ PRUNES, José Luiz Ferreira. **Justa causa e despedida indireta**. Curitiba: Juruá, 1995. p. 19

⁴⁹ COUTINHO, Aldacy Rachid. op. cit. p. 226. Fazendo eco ao entendimento citado no texto, e também à visão da dispensa por justa causa como punição ao empregado, destaco José Soares Filho que “considerando que o término da relação de trabalho constitui a sanção disciplinar mais grave que se pode impor ao trabalhador, em razão de sua conduta, é recomendável que o empregador, se foro o caso, aplique a ele, a esse respeito, punição menor, proporcional à gravidade da falta”. SOARES FILHO, José. op. cit. p. 201.

seja necessário que o empregador justifique a medida⁵⁰. Por conseqüência, não são poucas as vozes que clamam por uma maior limitação a essa espécie de rescisão contratual, ou até mesmo a sua abolição do sistema jurídico pátrio. E é sobre essa hipótese de terminação do contrato de trabalho que se analisará com maior profundidade doravante.

2.2. Direito potestativo e abuso de direito

2.2.1 Contornos jurídicos do direito potestativo de extinguir o contrato de trabalho

A extinção do contrato de trabalho por ato unilateral do empregador, sem justa causa, encontra paralelo em hipótese similar conferida ao empregado. Mas a identidade entre ambas as situações encerra-se no fato de se tratar de uma denúncia unilateral do pacto existente entre as partes, já que o bem jurídico que ambas visam resguardar é distinto. Do lado do trabalhador, conforme salientado anteriormente, o que está em jogo é a liberdade de trabalho, isto é, a garantia de que o empregado, uma vez contratado, não está obrigado a permanecer vinculado ao mesmo empregador eternamente⁵¹. Do ponto de vista do empregador, entretanto, não se pode adotar a mesma visão, já que, rigorosamente, o empregador está vinculado ao empregado por um laço negocial mas este não exerce sobre o “patrão” qualquer espécie de autoridade ou dominação⁵². A relação de submissão existente se dá entre o empregado perante o seu empregador, e não o contrário.

Dessa forma, o direito de denúncia do contrato por parte do empregador decorre única e exclusivamente da maior ou menos amplitude que se confira à sua

⁵⁰ Carmen Camino sublinha que “podemos identificar duas espécies de despedida em relação às quais o direito do trabalho oferece resistência: a menos grave, de caráter simplesmente aleatório, na qual o empregado, sem motivo, descarta seu empregado. A severamente grave de caráter abusivo, na qual o empregador, com motivo torpe, denuncia o contrato de trabalho”. CAMINO, Carmen. op. cit. p. 529

⁵¹ Conforme lembra Catharino: “em amplo sentido a denúncia é um instrumento técnico a serviço da liberdade individual. Destruindo uma relação jurídica contratual, prejudica a segurança originada do contrato e por aquela mantida. A despedida libera o empregador; a demissão, o empregado. Entretanto, as duas espécies de denúncia não são equiparáveis, sob o ponto de vista dos seus reais efeitos, e, portanto, devem ser desigualmente reguladas”. CATHARINO, José Martins. op. cit. p. 64

⁵² Para Evaristo Moraes Filho, “o *status subiectionis* do empregado decorre do regime jurídico obrigacional, que se cria através da celebração do contrato, daí haver escrito Sinzheimer que o poder hierárquico do empregador se origina da sua posição de credor na relação jurídica, e não como dono ou senhor”. MORAES FILHO, Evaristo. **A justa causa na rescisão do contrato de trabalho**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 155.

discricionariedade na direção de seu empreendimento. O direito em tela, portanto, está estreitamente vinculado ao direito de propriedade que o empregador possui sobre o empreendimento⁵³, assim como a relação de subordinação que mantém com seus empregados⁵⁴.

Toda vez que a lei assegura a uma das partes em uma relação contratual a denúncia unilateral do negócio jurídico, isso equivale ao reconhecimento da existência de um direito potestativo, ou seja, a faculdade que é conferida a uma das partes, ou, preferencialmente, a ambas, de porem fim à relação jurídica existente, independentemente da concorrência da vontade, ou da anuência da parte contrária. A respeito das características da denúncia do contrato de trabalho, explica José Martins Catharino que:

A denúncia implica a possibilidade de um sujeito, por sua solitária vontade, dar fim a uma relação, criando uma nova situação jurídica. Seja singular ou plural, depende exclusivamente da vontade de seu autor, e se faz perfeita, apesar da volição unilateral, a partir do momento em que o seu destinatário, reduzido à passividade, dela tem conhecimento.⁵⁵

É importantíssimo ressaltar, entretanto, que o exercício de um direito potestativo não precisa ser absoluto para que possa ser caracterizado como tal, é dizer, nada impede, e geralmente é o que ocorre, que a legislação estabeleça determinados critérios ou requisitos a partir dos quais se reconhece a possibilidade do exercício desse direito potestativo, sem que essas espécie de limitações modifiquem a natureza jurídica do ato. Como resalta Riva Sanseverino:

A rescisão unilateral, quando resulta exercida nos limites e nas condições exigidas, continua a valer como direito potestativo, correspondendo ao ato perfeito desde o momento da manifestação da vontade de quem despede ou de quem se demite e, enquanto tal, capaz de realizar determinado efeito jurídico; isto sem que se torne necessária qualquer ulterior manifestação de

⁵³ É a opinião de Amauri Mascaro Nascimento, para quem “a propriedade privada da empresa é o fundamento maiores de que se utiliza tal concepção, de modo que, sendo o patrão o proprietário dos bens e meios de produção e da organização dos serviços, não cabe às leis criar-lhe dificuldades para o livre exercício do comércio e da indústria, liberdade que ficaria comprometida caso algum tipo de interferência viesse a ser exercido sobre a sua disponibilidade”. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do trabalho na constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 82

⁵⁴ A esse respeito, salienta José Martins Catharino que “não há dúvida que a possibilidade do empregador despedir implica reconhecimento de um direito, o de – como dono da empresa e sujeito subordinante da relação de emprego - a esta denunciar por sua exclusiva vontade e interesse”. CATHARINO, José Martins. op. cit. p. 18

⁵⁵ CATHARINO, José Martins. op. cit. p. 22

vontade ou cooperação por parte do contraente a quem a despedida ou demissão são dirigidas.⁵⁶

No mesmo diapasão da doutrina italiana, salienta Leonardo Vieira Wandelli que:

uma vez concebido o direito de despedida mediante o pagamento da indenização como um direitos potestativo *prima facie* do empregador a estabelecida a sua amplitude em abstrato, isso não significa que seu exercício concreto seja impermeável a restrições advindas do restante das normas válidas do ordenamento, ante as quais são potencialmente relevantes dados como os motivos, critérios e efeitos de seu exercício.⁵⁷

Não se pode ignorar, entretanto, que a discussão a respeito do maior ou menor horizonte de liberdade que se confere ao empregador para terminar o contrato de trabalho envolve, na imensa maioria dos casos, muito mais uma disputa política do que propriamente jurídica a respeito do tema. Consoante explica Alfredo Montoya Melgar,

En el fondo de la disyuntiva libertad-intervencionismo, referida al poder de despido, laten dos principios socio-económicos en conflicto: el principio de libertad contractual, anejo al de libertad de profesión e industria, y el principio de protección de la estabilidad del empleo del trabajador. El primeiro de estes principios aboga por la concesión al empresario de una amplia facultad de despido, fundada em su condición de titular y responsable de la empresa; el segundo principio, por el contrario, argumenta em favor de la limitación de la facultad de despido, entendiéndola no como una función de significado puramente contractual, sino dotada de transcendencia social.⁵⁸

Tem-se, de qualquer sorte, que o fato de se reconhecer juridicamente a possibilidade do exercício de um direito potestativo, isto é, que pode ser exercido independentemente de qualquer ato volitivo da parte contrária, e ainda assim produzir os efeitos jurídico que dele se espera, não impede que a lei estabeleça determinadas restrições, ou mesmo atribua sanções à parte que assim proceder. Não obstante, conforme alerta Leonardo Vieira Wandelli:

Insidia-se aqui, porém, um mal entendido, que abre espaço à manipulação estratégica. Uma certa distorção histórica leva alguns autores a pretender identificar a características desse direito como potestativo, com um suposto caráter “absoluto”. Um direito potestativo absoluto não como

⁵⁶ SANSEVERINO, Luisa Riva. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1976. p. 298

⁵⁷ WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade**. São Paulo: LTr, 2006. p. 335

oponível *erga omnes*, mas no sentido... de entidade logicamente absoluta no seu espaço reservado de significação, diante do qual a conduta correspondente a esses contornos geométricos, não estaria sujeita a qualquer limitação ou sindicância jurídica dos motivos, modo de exercício ou efeitos.⁵⁹

E de fato, em grande parte dos países no qual é reconhecido o direito potestativo do empregador de terminar a relação de trabalho com o obreiro, e o Brasil, como se verá, não é exceção, acaba por conceber tal direito como absoluto, sem que seja possível, ou mesmo admissível por certa parcela da doutrina, qualquer espécie de limitação jurídica ao seu exercício.⁶⁰

Posta nesses termos, a denúncia do contrato de trabalho no direito brasileiro acaba por assumir os contornos daquilo que se denomina de condição puramente potestativa. Na explicação de Roland Hasson:

As condições potestativas próprias decorrem de motivos consideráveis que tendem a proteger diversos interesses relevantes. As condições meramente potestativas, como o nome mesmo comunica, guardam relação unicamente com a vontade de quem as exerce. Pode-se dizer claramente: as condições potestativas próprias estão embasadas em motivos apreciáveis; as meramente potestativas decorrem de um capricho.⁶¹

Nesse sentido, tem-se um evidente descompasso entre o regramento trabalhista a respeito dessa espécie de condição e a codificação civil, posto que o art. 122⁶², do Código Civil, é cristalino ao vedar as condições puramente potestativas.

Naturalmente, não há que se falar em ilicitude da rescisão do contrato por ato unilateral das partes no direito do trabalho, já que não se trata de uma condição aposta nos contratos de trabalho, mas, segundo entendimento predominante, expressamente consagrada pelo direito brasileiro, razão pela qual a norma trabalhista mais específica que autoriza tal ato prevalece sobre a norma civilista. De qualquer sorte, a prevalência

⁵⁸ MELGAR, Alfredo Montoya. op. cit. p. 462

⁵⁹ WANDELLI, Leonardo Vieira. op cit. p. 333

⁶⁰ Nesse compasso, destaca Eduardo Milléo Baracat que “em que pese se reconheça que os direitos potestativos não sejam absolutos, é inegável que a identificação do direito de despedir como um direito potestativo visa exatamente a eliminar obstáculos à possibilidade de rescisão do contrato de trabalho por iniciativa do empregador”. BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003. p. 258

⁶¹ HASSON, Roland. **Desemprego e desproteção**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 47

⁶² Art. 122, do Código Civil: “São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem públicas ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.”

de tal possibilidade no direito do trabalho apenas reforça a amplitude que se tem reconhecido no direito do trabalho para o exercício da denúncia do contrato de trabalho⁶³.

Não se ignora, evidentemente, que a lei estabelece conseqüências jurídicas mais gravosas do ponto de vista econômico para o empregador que se utiliza dessa forma de extinção do contrato de trabalho. E assim ocorre, na medida em que deve arcar com a indenização de 40% sobre o total dos depósitos fundiários recolhidos no curso da contratualidade (o que será objeto de investigação mais aprofundada adiante), assim como deve conceder o aviso prévio em prol do empregado, e mesmo efetuar o pagamento de verbas garantidas anualmente, e cujo lapso de aquisição já tenha parcialmente corrido, como ocorre com o 13º salário e as férias, que devem ser pagas proporcionalmente.

Vale notar, contudo, que a previsão de pagamento de indenização, ou qualquer outro gravame de natureza pecuniária que possa ser fixado em lei, não implica, sob hipótese alguma, em um reconhecimento “tácito” de que a extinção do contrato de trabalho por ato unilateral do empregador seja um ato ilícito. Pelo contrário, conforme leciona Arion Sayão Romita,

Ao despedir arbitrariamente o empregador produz um dano lícito, que gera para o empregado o direito a uma indenização semelhante àquela devida por força de desapropriação. Não se trata de reparação (dano despido de caráter patrimonial) nem de ressarcimento (recomposição de dano patrimonial, isto é, prejuízo emergente e lucro cessante). Trata-se de verdadeira indenização, que compensa o dano decorrente da perda do emprego, a exemplo do que sucede quando o Estado restaura o patrimônio do particular desfalcado pelo ato lícito da desapropriação.⁶⁴

De fato, existem várias formas através das quais pode se enxergar as sanções pecuniárias decorrentes da rescisão unilateral do contrato de trabalho. Ela pode ser vista, como destacou o doutrinador anteriormente citado, como uma forma de indenização para compensar a perda econômica advinda da perda do emprego, pode ser comparada

⁶³ Márcio Túlio Vianna ainda reforça tal característica ao destacar ainda características práticas que corroboram a magnitude do direito de dispensa no Brasil, quando afirma que “O poder de despedir não é absoluto. Mas é como se fosse, na medida em que: a) o trabalhador comum não tem estabilidade no emprego; b) os contratos a prazo se multiplicam; c) como as indenizações são indexadas aos salários, sofrem com eles o mesmo processo de corrosão, que adelgaça ainda mais os ténues obstáculos criados pelo legislador.” VIANNA, Márcio Túlio. *Proteção ao emprego e flexibilização: onde termina o discurso e começa a realidade*. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15.ª Região**. nº 20. jul/set.2002. São Paulo: LTr, 2002

⁶⁴ ROMITA, Arion Sayão. **Direito do trabalho: temas em aberto**. São Paulo: LTr, 1998. p. 460

com uma pura reparação destinada a recompor um dano material presumido em decorrência da perda do emprego, como medida sancionatória até mesmo de cunho moral⁶⁵, ou, como será visto posteriormente, constituir mera medida profilática⁶⁶ destinada a inibir a extinção dos contratos de trabalho, mas sob hipótese alguma autoriza o entendimento de que a denúncia pelo empregador constituiria um ato ilícito, reprovado pelo direito positivo⁶⁷.

2.2.2 O abuso de direito como limite ao direito de despedir

Na ausência de expressa limitações positivas ao direito de denúncia do contrato de trabalho por ato do empregador, desenvolveu-se na doutrina, contudo, as hipóteses em que tal ato constituiria, sim, um ilícito jurídico, toda vez que a hipótese em exame constituísse exercício abusivo do direito de dispensa. A dispensa abusiva, dessa forma, surge como uma forma de desdobramento da teoria do abuso de direito de forma geral, estando em consonância, também, com os princípios gerais do direito, e que se manifestam não apenas na extinção do contrato de trabalho, mas também em sua execução, conforme assevera Guillermo Cabanellas:

se considera de utilidad la teoría del uso abusivo del derecho em relación al contrato de trabajo, especialmente para aquellos casos en que el patrono procede diferenciando en relación a los trabajadores que se encuentran em la misma situación jurídica. Asimismo cuando el empresario aduce una cláusula contraria a los intereses de los trabajadores em perjuicios de uno de ellos, y no adopta la misma determinación com respecto a otros, podría decirse que obra contra la

⁶⁵ A esse respeito, aliás, o entendimento de Riva Sanseverino, para quem “o direito ao ressarcimento de danos poderia sustentar-se não em confronto da despedida considerada em si mesma, mas em face da forma com que foi dada, e das conseqüências não econômicas mas morais que, em quanto tal, acarreta para o trabalhador. Se a despedida não deve ser, em princípio, considerada como fato injurioso ressarcível, à oposta conclusão pode chegar-se, de fato, quando representa para o trabalhador um ato que direta e sensivelmente lhe ofenda a dignidade ou a honra, neste caso a despedida pode causar, não raro, também o ressarcimento de danos segundo os princípios de direito comum.” SANSEVERINO, Luisa Riva. op. cit. p. 310/311

⁶⁶ Não se ignora, contudo, a admoestação de Carlos Alberto Gomes Chiarelli, ao alertar que “a indenização não é profilaxia para impedir a doença. Pode ser, quando muito, terapêutica, para recuperar o paciente lesionado, plena ou parcialmente, ou, quem sabe, pelo menos anestésico para aliviar a dor.” CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. **Trabalho na constituição: direito individual**. Vol. I. São Paulo: LTr, 1989. p. 33

⁶⁷ Tal circunstância leva alguns autores a uma certa perplexidade, é o caso de Dorval Lacerda, que expressa seu sarcasmo com relação ao “direito de despedir” ao frisar que: “quando digo direito, não me refiro à simples possibilidade de despedir, que ainda existe, mas à despedida do empregado sem indenização, pois não compreendo o uso de um direito condicionado a um ressarcimento que significa, antes, a inexistência do direito”. LACERDA, Dorval. **A falta grave no direito do trabalho**. 5.ª ed. Rio de Janeiro: Edições trabalhistas, 1989. p. 9

equidad y hace uso abusivo del derecho que tiene para actuar de esa manera. Sin embargo, sin necesidad de hablar de un abuso del derecho, se puede llegar a la misma conclusión si se tiene en cuenta el principio de la igualdad ante la ley, cuya justicia es innegable; y que deriva de aquel otro, de aplicación en Derecho Laboral, de no establecer diferencias entre los trabajadores, en tanto que éstas no estén justificadas en una causa deriva del propio contrato de trabajo, esto es, de la propia ejecución del trabajo. El rigor innecesario que, en ocasiones, puede adoptar el empresario frente a un trabajador determinado constituirá un acto abusivo; y, como tal, se ejecuta sin derecho y se impide, no porque el empresario haya hecho uso abusivo del derecho para despedir, sino por cuanto el despido constituye, en sí, una conducta lesiva a los intereses de la producción y, por lo tanto, contraria a derecho⁶⁸.

Nas palavras de Roland Hasson:

A despedida abusiva nada mais é que uma especialização perversa da despedida arbitrária, em que a eleição dos trabalhadores a serem alvo de demissão se verifica em função de preconceito, perseguição ou mesmo ausência de empatia.⁶⁹

A omissão legal que até então existia acabou sendo suprimida pela lei nº 9.029/95⁷⁰, que estabelece em seu art. 1º que

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.

A lei, contudo, não define o que entende por dispensa abusiva, além de não esgotar, naturalmente, todas as hipóteses em que a perseguição a um empregado pode se

⁶⁸ CABANELLAS, Guillermo. **Tratado de derecho laboral**. Tomo II. Vol. 2: contrato de trabajo. 3. ed. Buenos Aires: Heliasta, 1988. p. 580

⁶⁹ HASSON, Roland. op. cit. p. 68. No mesmo sentido a opinião de Carmen Camino, que ressalta que “há diferença entre despedimento aleatório, sem motivação social justificadora do ato, e despedimento abusivo, em que o direito de despedir é exercido com motivação discriminatória ou com intuito de constanger o empregado, violando qualquer dos seus direitos de personalidade”. CAMINO, Carmen. op. cit. p. 524

⁷⁰ Renato Rua Almeida ainda destaca a contribuição do novel Código Civil a este respeito, ao sublinhar que “o ordenamento jurídico brasileiro já prevê a despedida abusiva como espécie de ilicitude, nos termos dos art. 187 e 422 do Código Civil, quando, por exemplo, eivada e precedida de assédio moral, ou mesmo após a consumação da despedida o ex-empregador vier a denegrir publicamente a imagem do ex-empregado, causando-lhe dano moral e material”. ALMEIDA, Renato Rua. op. cit. p. 340. É evidente que o que atraiu a atenção do doutrinador para estes dois dispositivos é a sua referência ao respeito à boa-fé pelos contratantes, mas também aqui a ausência de uma sanção específica, notadamente do ponto de vista trabalhista, acaba por equiparar a vedação legal a qualquer outra violação de regras contratuais que se resolvem mediante indenização em favor da parte lesada.

manifestar no ambiente de trabalho (por exemplo, a lei não contempla as hipóteses de discriminação por posição ideológica ou mesmo por doença).

A despedida abusiva caracteriza-se não pelo simples exercício do direito potestativo de dispensa, que ainda é admitido por essa teoria, mas pelo fato de que ele é exercido de forma adjetivada, isto é, com vistas a exteriorizar uma discriminação contra o empregado, seja ela em decorrência de elementos raciais, ideológicos, religiosos, sexuais ou mesmo pura e simples antipatia com o empregado⁷¹. Nesse sentido, ela encontra paralelo na idéia de exercício desequilibrado de direito, que atenta contra a boa-fé objetiva que deve vigorar entre as partes na execução e cumprimento de um contrato. Para Eduardo Milleo Baracat, verifica-se exercício desequilibrado de direito em todos

aqueles casos em que há manifesta desproporção entre a vantagem auferida pelo titular do direito e o sacrifício imposto à contraparte, mesmo quando o titular não vise propriamente a molestá-la, nem alcançar outra finalidade diversa daquela a que é destinado o seu direito. São casos em que se pode dizer que o titular age sem consideração pela outra parte.⁷²

A situação aqui é bastante distinta das hipóteses de rescisão unilateral do

⁷¹ Nesse sentido, assevera José Soares Filho que “em nossa Constituição não há dispositivo algum que explicitamente vede a dispensa do empregado por motivo discriminatório. Entretanto, não se trata de uma rescisão contratual comum, mas abusiva, posto que não apenas viola direito trabalhista do empregado, mas também atentar contra um direito individual fundamental dele enquanto cidadão, bem assim contra interesse do Estado e da própria sociedade.” SOARES FILHO, José. op. cit. p. 265. Se por um lado a observação do autor no sentido de que a Constituição Federal não possui qualquer dispositivo que versa a respeito da dispensa discriminatória, é perfeitamente razoável entender que se a prática discriminatória é repelida de forma geral, como se extrai do art. 5º, IV, VI, VIII e XVII, assim como do art. 7º, XXX e XXXI, ela atinge também todos os negócios jurídicos que adotem como fato gerador uma prática discriminatória, inclusive a cessação do contrato de trabalho. A isso ainda acrescentam José Affonso Dallegrave Neto e Cláudia Sales Vianna que: “É legítimo o ato do empregador que dispensa sem justa causa o empregado, desde que subjacente um interesse legítimo: econômico ou moral – art. 74 do Código Civil. Todavia, tornar-se-á abusivo quando houver utilização dissimulada de um suposto direito subjetivo de rescisão com o objetivo de ocultar um execrável ato de discriminação ou qualquer outra lesão a direito fundamental do empregado-cidadão”. DALLEGRAVE NETO, José Affonso; VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Rescisão do contrato de trabalho: doutrina e prática**. São Paulo: LTr, 2001. p. 36

⁷² BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003. p. 204.

contrato por ato do empregador⁷³. Se na primeira há um negócio jurídico que de admite como lícito, decorrente do exercício regular do direito potestativo do empregador, aqui há abuso desse direito que gera um ilícito que se agrega ao ato rescisório que, a princípio, seria reputado válido. Conforme explica com clareza Arion Sayão Romita:

a despedida abusiva é ato antifuncional, socialmente injustificado, contrário à função social da boa administração da empresa. Ao praticá-la, o empregador não inflige ao empregado apenas um dano lícito (privá-lo do emprego), porém lhe causa novo dano, este ilícito, e que se soma ao primeiro. Não há sucessão no tempo. O ato é único, mas atinge dois interesses distintos do empregado, ambos juridicamente protegidos: um produz o direito à indenização compensatória pelo dano lícito emergente da privação do emprego; o outro gera o direito a indenização de direito comum, ante o dano ilícito que afeta a personalidade do empregado

...

Configura-se a despedida abusiva apenas quando a rescisão contratual de iniciativa do empregador não se limite ao término do contrato, mas produz um dano ilícito adicional derivado não do ato rescisório em si, porém da carga de antijuridicidade complementar que o envolve.⁷⁴

A tese de despedida abusiva, sem dúvida alguma, pressupõe a existência, no sistema, da possibilidade de denúncia do contrato de trabalho sem qualquer motivo que seja atribuído ao exercício do direito potestativo, mas não há dúvida de que, subjacente à tese, está a idéia de que deve haver um motivo ao menos razoável para a rescisão contratual, o qual, se não é expressamente previsto na legislação pátria, deve estar de acordo com o sistema jurídico vigente como um todo. Nesse sentido, é compreensível a lembrança de Leonardo Vieira Wandelli quando salienta que

A abusividade somente surge no conflito entre normas válidas pela adequabilidade à situação concreta diante da potencial relevância de cada característica da situação. Assim, uma regra que permite o exercício da despedida como direito potestativo, ou seja, como exercício independente de prestação de outrem, *prima facie* eficaz para pôr fim à relação de emprego, atingindo a esfera jurídica do empregado, não exime o titular de defrontar-se com toda a complexidade do

⁷³ Destacam José Affonso Dallegrave Neto e Cláudia Salles Vianna que: “uma coisa é falar que a despedida do empregado ocorreu sem justa causa, ou, mais especificamente, sem incidência da falta grave elencada no art. 482, da CLT (apenas porque se pretendeu diminuir o número de empregados, por exemplo). Outra coisa é dizer que a “dispensa sem justa causa”, foi assim alcunhada no termo de rescisão com o fito de dissimular a verdade intenção de prejudicar o empregado, em face de suas convicções religiosas ou políticas diversas da do empregador; esta segunda hipótese evidenciará um exercício irregular de direito, vez que o ato de dispensa estará dissociado de qualquer interesse legítimo”. DALLEGRAVE NETO, José Affonso; VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Rescisão do contrato de trabalho: doutrina e prática**. São Paulo: LTr, 2001. p. 34/35

⁷⁴ ROMITA, Arion Sayão. op. cit. p. 461

ordenamento jurídico vigente.⁷⁵

Corroborando a posição de Wandelli, destaca José Affonso Dallegrave Neto que

O empregador que despedir empregado sem que esteja presente em seu ato um interesse legítimo subjacente, provocará abuso do direito de rescisão unilateral. Não se confunda aqui a despedida sem justa causa com a despedida desprovida de interesse legítimo. São dimensões jurídicas distintas. Uma coisa é falar que a despedida do empregado ocorreu sem justa causa, ou, mais especificamente, sem incidência de falta grave elencada no art. 482, da CLT. Outra coisa é dizer que a “dispensa sem justa causa”, constante no termo de rescisão, deu-se com o fito precípua de prejudicar o empregado, em face de suas convicções religiosas ou políticas diversas da do empregador; a segunda hipótese evidencia um exercício irregular de direito, vez que o ato de dispensa está dissociado de qualquer interesse legítimo⁷⁶.

O vazio legislativo que perdurou por muito tempo, contudo, não permitia uma correta tutela aos empregados que eventualmente fossem vítimas de dispensa abusiva praticada pelo empregador, o que acabava não apenas por gerar um altíssimo grau de incerteza na solução de tais conflitos, como também, de forma não rara, o litígio acabava se resolvendo como simples indenização complementar com o desiderato de compensar o dano moral sofrido. A lei 9.029/95 mudou um pouco esse panorama, ao consagrar, em seu art. 4º, que:

O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, faculta ao empregado optar entre:

- I – a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;
- II – a percepção em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Sob diversos aspectos as conseqüências firmadas por esta legislação foram inovadoras frente ao direito do trabalho brasileiro. Em primeiro lugar porque concedeu ao empregado credor trabalhista a faculdade de escolher entre as obrigações a serem cumpridas pelo empregador: ou a remuneração em dobro do que teria direito no período de afastamento ou a reintegração no emprego (embora a lei utilize a terminologia

⁷⁵ WANDELLI, Leonardo Vieira. op. cit. p. 340

⁷⁶ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Inovações na legislação do trabalho: aplicação e análise crítica. São Paulo: LTr, 2000. p. 167

readmissão⁷⁷, o vocabulário forense pátrio consagra a denominação reintegração para as hipóteses em que o empregado volta ao emprego com ressarcimento integral do período de afastamento).

Excetuadas as hipóteses de estabilidade, permanentes ou provisórias que existiram ou ainda existem no Brasil, a possibilidade de retorno ao emprego em virtude da prática de ato discriminatório por ocasião do exercício do direito potestativo de dispensa é efetivamente revolucionária, já que pela primeira vez sinaliza para a manutenção do posto de trabalho, em virtude de uma dispensa que não é considerada justificada.

É evidente, contudo, que isto está longe de se assemelhar a uma hipótese de garantia de emprego, ou mesmo de constituir uma vedação significativa ao direito potestativo de dispensa, e para compreender isso basta analisar a dinâmica de distribuição do ônus da prova nos dois sistemas.

Caso a dispensa fosse vedada no direito brasileiro, ou melhor dizendo, fosse admitida apenas sob determinados fundamentos, incumbiria ao empregador demonstrar que a hipótese que gerou a extinção do contrato de trabalho do empregado insere-se em um dos permissivos legais.

No caso em análise, não é o que ocorre.

Pela lei nº 9.029/95, o direito potestativo do empregador permanece em sua plenitude, não sendo necessário que o empregador tome qualquer providência no sentido de demonstrar os motivos que o levaram a rescindir o contrato de trabalho. Incumbe, assim, ao trabalhador dispensado demonstrar que a extinção do contrato de trabalho decorreu da prática de um dos atos de discriminação legalmente previstos, o que é sobremaneira difícil, especialmente em função da natureza subjetiva do juízo de valor do empregador ao lançar mão do direito potestativo que lhe é garantido, além de não se vislumbrar muitos meios de prova através dos quais tal circunstância poderia ser demonstrada em juízo, salvo se o empregador expressa e publicamente praticasse o ato de discriminação, o que raramente ocorre.

⁷⁷ Parece que nesse ponto a legislação pátria foi influenciada pela terminologia adotada nos demais países latino-americanos. Nesse sentido pode-se adotar a definição de Bernardo Van der Laat Echeverría, segundo o qual “entendemos por readmissão o fato de o trabalhador despedido injustificadamente voltar a seu posto de trabalho em pleno gozo de todos os seus direitos, como se a dispensa não tivesse ocorrido, e, portanto, com a recuperação de qualquer vantagem que pudesse tê-lo beneficiado no caso de ter estado trabalhando, inclusive, por conseguinte, a antigüidade”. ECHEVERRÍA, Bernardo van der Laat. A tutela do trabalhador contra a dispensa ilegítima no setor privado na América Central. in PERONE, Gian Carlo; SCHIPANI, Sandro (coord.). Princípios para um “código-tipo” de direito do trabalho para a América Latina. São Paulo: LTr, 1996. p. 232

Alegar que o princípio da aptidão probatória inverteria o ônus nesse ponto não constitui resposta adequada, já que seria impossível o empregador demonstrar fato negativo (que não existiu prática discriminatória), e exigir que demonstrasse a razão da dispensa atentaria contra o direito potestativo que o direito brasileiro ainda consagra, que não exige a motivação do ato, além de extrapolar os limites da própria lei 9.029/85, que em momento algum exige semelhante demonstração por parte do empregador. É verdade que há quem entenda que o art. 7º, I, da Constituição Federal, já demanda a motivação do ato por ocasião do término da relação de trabalho, mas tal tese será apreciada por ocasião do exame de tal norma constitucional.

2.3 A dispensa coletiva e a dispensa individual – realidades distintas

Conforme salientado anteriormente, há basicamente duas formas de dispensa reconhecidas e disciplinadas pelo direito por iniciativa do empregador. Contudo, não se pode ignorar que os reflexos práticos que ela produz são diversos em se tratando de um, ou pouco mais, trabalhadores dispensados, daquelas situações, tão comuns na modernidade, em que centenas, e por vezes até mesmo milhares de obreiros são afetados por dispensas.

Tais dispensas em massa, doravante denominadas de dispensas coletivas, efetivamente produzem efeitos muito mais amplos que as dispensas analisadas individualmente. Se de um lado já se deixou claro que a dispensa de um trabalhador é traumática do ponto de vista do obreiro, que perde sua fonte de subsistência, tal fato é ainda mais agravado nas hipóteses de dispensas coletivas. Isso se deve a várias razões. Primeiramente, porque afeta não apenas a vida dos trabalhadores, mas de toda a comunidade que vive em volta deles, gerando perda de renda local que é tão mais intensificada quanto menor for a localidade, e mais dependente economicamente da existência da empresa empregadora. Em segundo lugar, porque geralmente sinaliza para uma queda da produção da empresa, o que indica não apenas que os empregados perdidos dificilmente serão recriados em curto prazo, como também que toda a circulação de riqueza na localidade será afetada por isso. Finalmente, seus prejuízos ainda são mais gritantes do ponto de vista jurídico, haja vista que a legislação brasileira não estabelece diferenciação alguma com relação à modalidade de dispensa individual em face de uma dispensa coletiva, o que inviabiliza uma adequada disciplina das relações de trabalho, ou mesmo de uma efetiva e ideal regulamentação da garantia de

emprego, posto que

proteção da relação de emprego quer dizer também a garantia da disciplina da dispensa coletiva resultante de causas econômicas ou de força maior, bem como de causas técnicas ou de organização da empresa, forçada a reduzir seus quadros.

...

Coletiva é a dispensa por causas econômicas e tecnológicas que num determinado período atingir um certo número de trabalhadores da mesma empresa... O número de trabalhadores dispensados é fixado na proporção do número de empregados da empresa que despede. Por exemplo, na Dinamarca é de dez nas empresas que tenha de vinte e um a noventa e nove empregados, de 10% do pessoal nas empresas cujos quadros abrigarem de cem a duzentos e noventa e nove trabalhadores e de trinta empregados no caso de empresas com mais de trezentos trabalhadores⁷⁸.

Do ponto da legislação em vigor, uma dispensa em massa de trabalhadores nada mais é do que uma soma de dispensas individuais, que, “coincidentemente”, ocorrem no mesmo tempo e espaço. Mesma linha de posicionamento adotada por Renato Rua Almeida, que assevera:

Mesmo a despedida simultânea de vários empregados, conhecida como despedida em massa e relacionada a uma causa objetiva da empresa, de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural, em razão da ausência da regulamentação da despedida coletiva no direito brasileiro, tem o mesmo tratamento jurídico da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa, isto é, figura como a soma de despedidas individuais sem justa causa.⁷⁹

E de fato, uma característica própria da dispensa coletiva é o fato de que, via de regra, efetivamente ela se baseia em motivos de ordem econômica ou financeira para a empresa. Se a dispensa individual pode, efetivamente, revelar caprichos, perseguição, ou pura e simples discriminação e abusividade por parte do empregador, a dispensa coletiva geralmente reflete um estado financeiro da empresa no qual ela enxerga a redução de pessoal como uma forma de aliviar o impacto negativo em suas contas.

⁷⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. op. cit. p. 48

⁷⁹ ALMEIDA, Renato Rua. op. cit. p. 338

É claro que não se ignora que, em determinadas ocasiões, a ameaça de dispensa coletiva pode esconder uma pressão política sobre o governo, ou mesmo sobre o sindicato por ocasião das negociações coletivas, o que deve ser coibido assim como a dispensa abusiva, ou até mesmo de forma mais severa, mas o que torna a dispensa coletiva mais gravosa é o fato de que aliado à perda de empregos geralmente há uma situação financeira precária do empregador que pode ser tão ruinosa quanto a perda de trabalho pelos obreiros atingidos pela dispensa coletiva, circunstância essa que não pode ser ignorada pelo direito do trabalho.

Para Alfredo Montoya Melgar:

La viabilidad del despido colectivo no puede hacerse pender sólo de la radical imposibilidad económica o tecnológicas de la actividad empresarial; por el contrario, para que tal despido sea pertinente bastará: a) la existencia de una “situación económica negativa” a cuya superación contribuya la adopción de medidas de reducción de plantilla; o b) la procedencia de medidas técnicas, organizativas o de producción, no ya para conseguir la supervivencia de la empresa, sino también para “garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma” mediante una mejor organización de sus recursos.⁸⁰

A sugestão doutrinária, portanto, comporta duas vertentes de combate ao problema, a primeira delas vinculada diretamente ao exercício do direito de dispensa coletiva, de tal forma que haja mecanismos que permitam concluir que a redução da folha de pagamento, seja mediante redução salarial (autorizada pela Constituição Federal), ou, mais especificamente, a redução de empregados, constituam medidas não apenas indicadas, mas adequadas para superar a crise financeira anunciada. É evidente que tal verificação não precisa ser realizada apenas no momento em que a situação é praticamente falimentar, mas no momento oportuno em que ainda seja viável economicamente a recuperação da empresa. Idealmente, tal controle da pertinência e adequação da medida deve ser realizado pela via coletiva, já que não se espera que o sindicato dos trabalhadores tenha interesse em deixar a situação desenvolver-se até um ponto em que todos os trabalhadores, e não apenas alguns, venham a ser sacrificados. Além disso, manter os trabalhadores informados da situação da empresa é a melhor forma para se tentar soluções em conjunto, que impliquem sacrifícios necessários de ambas as partes. De qualquer sorte, nada impede que sejam instituídos conselhos públicos, de natureza extrajudicial, para fomentar ou autorizar o procedimento.

De outro lado, não basta que haja a dispensa de trabalhadores, ou a redução de seu padrão remuneratório, é necessário que tal medida seja acompanhada de uma série de outras ações que objetivem a recuperação econômica da empresa, e, idealmente, a reabertura dos postos de trabalho fechados ou o retorno ao padrão remuneratório até então vigente. Nesse ponto, certamente mais sensível, é que a negociação coletiva pode produzir frutos, como permitir o gerenciamento conjunto da empresa com os trabalhadores, o que também é admitido constitucionalmente, ou até mesmo utilizar-se de vias judiciais ou extrajudiciais que se encarreguem de fiscalizar a reorganização empresarial com vistas à sua recuperação. Sob esse ponto, destaca Célio Horst Waldraff, ao versar sobre a legislação francesa relativa à recuperação da empresa que:

A noção de crise da empresa... transita entre dois limites, cuja dialética deve servir como ponteiro norteador para uma solução equitativa; de um lado, dada a separação empresa-empresário, procuram-se adotar meios terapêuticos que permitam a salvação da empresa, quando o seu insucesso possa ser atribuído não à sua inviabilidade econômica, mas sim à gestão ineficiente do empresário; de outro, o adequado diagnóstico da viabilidade efetiva da empresa, de maneira tal que, em sentido amplo, os custos da terapia de salvação não de ser menores que os de sua liquidação.⁸¹

Nesse ponto, o mais importante é que o direito do trabalho seja capaz de, dentro de seu objeto de disciplina, contribuir para ao mesmo tempo proteger o emprego, mas também viabilizar a recuperação do empregador, de tal sorte que a manutenção de todos os postos de trabalho em um determinado momento não signifique sua destruição na seqüência. Em um país como o Brasil, que, segundo dados já mencionados do IPEA, deve 40% de sua destruição de postos de trabalho à falências ou fechamentos de empresa, nunca é demais providência legais que se destinem a conciliar os interesses imediatos dos empregados com a sobrevivência a longo prazo do empregador. É nesse sentido que se deve ter em mente a necessidade de adequação da norma trabalhista em face da realidade que se destina a regular. Como bem alerta Ney Prado:

A adequação exige a comprovação empírica. Se a norma dirime os problemas sociais para a solução dos quais foi criada; se a sua aplicação contribui efetivamente para a valorização do trabalhador; se ela estimula ou, pelo menos, não tolhe a razoável expansão do mercado de

⁸⁰ MELGAR, Alfredo Montoya. op. cit. p. 482

⁸¹ WALDRAFF, Célio Horst. **O tratamento jurídico do empregador insolvente e a (nova) lei de falência**. Curitiba: Gênese, 2003. p. 214

trabalho e se ela está consentânea com o estágio de desenvolvimento do país: esses são os testes concretos que podem indicar a sua adequação.⁸²

Tal circunstância demanda que qualquer disciplina legal que envolva o exercício do direito de dispensa no Brasil não ignore as distinções fundamentais, e os impactos produzidos pelas extinções individuais e coletivas do contrato de trabalho, fixando requisitos diferenciados para ambas as hipóteses, e, sobretudo, estabelecendo mecanismo que permitam a participação na gestão da empresa em recuperação, ou ao menos a fiscalização dos procedimentos adotados com vistas à recuperação dos postos de trabalho perdidos, o que envolve, necessariamente, a disciplina legal a ser criada com vistas à legislação infraconstitucional que regulamente a dispensa no direito brasileiro, nos termos exigidos pelo art. 7º, I, da Constituição Federal.

2.4 Efeitos da dispensa de acordo com a capacidade econômica do empregador

Assim como ocorre com a dispensa coletiva, o direito do trabalho no Brasil revela profunda omissão no que diz respeito à disciplina da extinção dos contratos de trabalho em face do tamanho, ou, mais precisamente, da capacidade econômica do empregador.

Não apenas no que concerne ao término da relação de trabalho, mas com relação a todos os direitos trabalhistas, a legislação pátria não estabelece qualquer distinção de tratamento no que se refere à natureza do empregador, ou mesmo sua pujança econômica, ressalvado, naturalmente, os benefícios, prerrogativas e privilégios que a lei confere aos entes públicos da Administração direta, autárquica e fundacional.

Tal lacuna é tão mais gravosa pelo fato de se tratar o direito do trabalho de um ramo especializado que, teoricamente, estaria em sintonia com as condições das relações sociais que lhe são subjacentes, mas que, neste ponto, anda atrás da legislação das demais áreas do direito. De fato, não existe no direito do trabalho qualquer instituto que confira benefícios à pequenos ou médio empregadores, nem tampouco que os diferencie no que diz respeito às relações de trabalho com seus empregados daquelas constituídas pelas grandes empresas. Enquanto o direito tributário possui figuras como o “simples”, instituído pela lei nº 9317/96, o direito previdenciário respeita as diferenças nas folhas de pagamento para suas contribuições, como se infere do art. 22, da lei nº

⁸² PRADO, Ney. . **Economia informal e direito no brasil**. São Paulo: LTr, 1991. p. 109

8212/91, e o direito comercial e o direito empresarial já lhe dedicaram estamentos próprios, como ocorreu com a lei 9841/99 (Estatuto da Microempresa) e a lei complementar 123/2006, o direito do trabalho não avançou nesse sentido, em flagrante violação à própria Constituição Federal.

Com efeito, dispõe o art. 170, IX, da Constituição Federal, que constitui um dos princípios gerais da atividade econômica o “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras que tenham sua sede e administração no país”. Da mesma forma, reza o art. 179 que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”. Tem-se, portanto, que a própria Constituição Federal autoriza o tratamento diferenciado às empresas de menor porte, inclusive autorizando a simplificação das obrigações trabalhistas, sua redução ou até mesmo sua eliminação.

Quando se trata a respeito da manutenção ou da extinção de vínculos laborais, ou mesmo de políticas de garantia do emprego, a importância dessa orientação constitucional se sobressai, haja vista que a maior onerosidade para fins de admissão ou término da relação de emprego, notadamente no que se refere a pequenos empreendimentos, não apenas desincentiva a contratação de mão-de-obra, como empurra grande parte dos trabalhadores para a informalidade, já que não raro o capital de giro de tais empreendimentos não é capaz de fazer frente às súbitas e imediatas despesas que a terminação do contrato de trabalho traz consigo⁸³.

Justifica-se, assim, a lembrança de Eduardo Milléo Baracat sobre o tema, ao destacar que

O princípio constitucional da proteção do emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa não pode ser aplicado isoladamente, mas deve ser otimizado, tendo em vista o que seja possível, decorrente de sua compatibilização com outros princípios, em especial os da livre

⁸³ Renato Rua Almeida, por exemplo, sugere que a lei complementar que venha a disciplinar o exercício do direito de dispensa no Brasil observe tais características próprias dos pequenos empreendimentos, quer simplificando o ato da dispensa, mediante a isenção de controle *a priori*, quer mesmo instituindo indenização tarifada de acordo com a capacidade econômica do empregador. v. ALMEIDA, Renato Rua. op. cit. p. 345. Outra sugestão, desta feita de Arion Sayão Romita, é contrária à instituição de indenizações tarifadas, em favor de indenizações individualizadas que contemplem a situação própria de cada empregado, o que evidentemente também permite a conjugação com as condições próprias do empregador. v. ROMITA, Arion Sayão. op. cit. p. 467

iniciativa e da livre concorrência, como também o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.⁸⁴

No mesmo sentido a opinião de Carlos Alberto Gomes Chiarelli ao alertar que:

ao tratar de garantia de emprego, e ao estabelecer, por lei complementar, normas específicas para efetivá-la, haverá o legislador de diferenciar a microempresa, onde o próprio dono é empreender e agente laboral direto e exclusivo, da pequena (normalmente esgotando-se no âmbito da economia familiar, circunstancialmente com a presença de um que outro empregado fora desse círculo), da média (onda a figura do assalariado – em número significativo – é flagrante, mas a personalização do empresário é nítida) da grande (aquela onde os trabalhadores não se individualizam, porque são massa, e o patrão não se personaliza ou identifica, porque é razão social, grupo econômico, marca de fantasia, enfim, real ficção jurídica).⁸⁵

Não se pode ignorar que, realmente, a pessoalidade, e mesmo a forma de subordinação que existe nas empresas varia de acordo com a amplitude e magnitude do empreendimento. Não se verifica a mesma proximidade, por exemplo, entre o proprietário de um pequeno empreendimento com seus dois ou três trabalhadores e a relação existente entre os sócios de uma sociedade limitada com diversos estabelecimento espalhados no país, ou mesmo sociedades anônimas em que sequer é possível identificar ou individualizar a figura do empregador. É por isso que José Martins Catharino, ao versar sobre o direito à estabilidade no emprego, admite que

As pequenas dimensões da empresa não favorecem a estabilidade, principalmente se forem aferidas pela quantidade de pessoal subordinado... A aproximação intensa, direta e diuturna entre o empregador e seus poucos empregados, além de motivos econômicos e financeiros, pode justificar exceções à estabilidade normativa.⁸⁶

Dessa forma, assim como é necessário que a legislação trabalhista já existente, no que se refere aos direitos e deveres que impõe de forma geral, deve ser reformada com fins a respeitadas as condições financeiras e econômicas diferenciadas que os empregadores apresentam, com mais razão ainda a regulamentação de direitos trabalhistas ainda não devidamente regulados no Brasil, como ocorre com a garantia de emprego, deve atentar para tal circunstância, inclusive com vistas a respeitar a

⁸⁴ BARACAT, Eduardo Milléo. op. cit. p. 261

⁸⁵ CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. op. cit. p. 41

orientação constitucional no sentido de que tal tratamento diferenciado encontre concretização na legislação trabalhista.

3. Garantia de Emprego e Estabilidade

3.1 Garantia de Emprego e garantia no emprego

Se é verdade que o princípio da continuidade é parte integrante de todo o arcabouço teórico sobre o qual se sustenta o direito do trabalho na realidade, também é uma realidade que tal princípio, assim como a própria finalidade da disciplina das relações de trabalho é favorecer, na medida do possível, a criação e manutenção dos postos de trabalho. É intuitivo, portanto, que interessa ao direito do trabalho todas as medidas jurídicas que possuam como desiderato a proteção da continuidade da relação de emprego, a disciplina de sua extinção assim como as técnicas e direitos instituídos com a finalidade de realocar o trabalhador que tenha perdido o emprego, ou que se destinem a minimizar, ainda que temporariamente, o impacto negativo que o desemprego possui não apenas sobre a figura do trabalhador e de sua família, vistos isoladamente, mas de toda a comunidade na qual estão inseridos⁸⁷.

Contudo, as medidas legais destinadas a proteger a relação de emprego e garantir sua continuidade, e aquelas voltadas para a implementação de políticas que visem a garantir a empregabilidade e a reduzir o impacto da perda de emprego não se confundem, embora sem dúvida alguma sejam complementares.

Para Carlos Henrique Bezerra Leite:

garantia *no* emprego não se confunde com garantia *de* emprego, na medida em que esta decorre da política governamental visando à colocação de certas pessoas no mercado de trabalho, como o deficiente físico, o trabalhador reabilitado perante a Previdência Social, o ex-combatente, etc.; aquela visa à proteção do vínculo empregatício de quem já está empregado.⁸⁸

⁸⁶ CATHARINO, José Martins. *op. cit.* p. 80

⁸⁷ Efeitos esses, que aliás, se estendem além do mero impacto econômico. Como bem observa Amartya Sen: “o desemprego não é meramente uma deficiência de renda que pode ser compensada por transferências do Estado (a um pesado custo fiscal que pode ser, ele próprio, um ônus gravíssimo); é também uma fonte de efeitos debilitadores muito abrangentes sobre a liberdade, a iniciativa e as habilidades dos indivíduos. Entre seus múltiplos efeitos, o desemprego contribui para a “exclusão social” de alguns grupos e acarreta a perda de autonomia, de autoconfiança e de saúde física e psicológica”. SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 35/36

⁸⁸ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Constituição e direitos sociais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 1997. p. 54

A despeito da distinção terminológica oferecida pelo autor citado, a verdade é que grande parte da doutrina utiliza-se das expressões de forma praticamente indistinta, sendo certo que a expressão “garantia de emprego” é utilizada tanto no sentido de políticas públicas voltadas à empregabilidade quanto à proteção de vínculos já existentes, razão pela qual, de forma a se evitar confusões em confronto com o linguajar forense, utilizar-se-á da expressão “garantia de emprego” também para se referir às proteções destinadas a garantir a continuidade do vínculo.

A proteção da relação de emprego já existente geralmente surge, do ponto de vista legal, na forma de obrigação de não-fazer, isto é, vedações legais à terminação da relação de trabalho, notoriamente àquelas por iniciativa do empregador, seja reputando o ato que lhe seja contrário como nulo, seja cominando sanções, geralmente de natureza pecuniária, em virtude de sua prática⁸⁹. Mas é evidente que as medidas destinadas a perpetuar a relação de trabalho não se encerram apenas em proibições legais absolutas, ou sanções que imponham maior onerosidade à terminação do vínculo, sendo certo que outros direitos e incentivos podem ser criados que, direta ou indiretamente, contribuam para a mesma finalidade. Américo Plá Rodríguez, por exemplo, destaca que

a introdução da antigüidade como fator de regulamentação de vários benefícios trabalhistas (salários, prêmios de antigüidade, extensão das férias, montante das indenizações por despedida, etc.) constitui um modo indireto de estimular a permanência do trabalhador na empresa e, por conseguinte, de fomentar o prolongamento da duração do contrato⁹⁰.

Todavia, é forçoso reconhecer que as iniciativas legais destinadas a incentivar a continuidade da relação de trabalho sem dúvida alguma possam ser inseridas na idéia de garantia no emprego, seu caráter afirmativo geralmente leva à sua integração na idéia de garantia de emprego, juntamente com as demais políticas públicas de incentivo ao emprego e à empregabilidade, assim como de proteção aos desempregados.

3.2 Garantia no emprego e estabilidade – Institutos diversos

⁸⁹ Conforme salienta José Soares Filho: “a proteção da relação de emprego.. não se restringe à garantia do emprego; ao contrário, predominantemente se traduz em condições para desfazimento do vínculo, com imposição de ônus ao empregados pela inobservância delas, que a desestimulem a assim proceder”. SOARES FILHO, José. op. cit. p. 255

⁹⁰ RODRIGUEZ, Américo Plá. op. cit. p. 141

Muito embora já se tenha ressaltado que a idéia de garantia no emprego não se confunda, tampouco se identifique apenas com medidas legislativas destinadas a restringir o direito potestativo de terminação do vínculo que possa se garantir às partes, notadamente ao empregador, prevalece ainda por parte da doutrina se não propriamente uma idéia de plena similitude entre os conceitos, ao menos uma identificação da estabilidade como sendo a medida por excelência de garantia no emprego, o que torna necessário a separação entre os dois institutos.

Carmen Camino destaca a problemática latente na concepção da idéia de estabilidade, e sua confusão com a noção de garantia de emprego, ao apontar que

O conceito de estabilidade comporta duas acepções: 1) sob o ponto de vista econômico, corresponde à política oficial de garantia de pleno emprego, atendendo ao valor social do trabalho, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil; 2) no sentido jurídico, consubstancia o direito do empregado em manter-se no emprego, salvo situações exaustivamente previstas na lei, retirando do empregador o direito de resilir o contrato de forma aleatória⁹¹.

Para a autora, portanto, a estabilidade pode ser concebida segundo a idéia de políticas governamentais destinadas a atingir o ideal de pleno emprego, como também pode ser utilizada, de forma mais restrita, como a impossibilidade de terminação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, salvo as hipóteses expressamente previstas em lei, notoriamente a prática de falta grave pelo trabalhador, sendo esta última noção, sem dúvida alguma, a mais utilizada pela doutrina jurídica.

Segundo Maurício Godinho Delgado, por sua vez,

estabilidade... é a vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de uma circunstância tipificada de caráter geral, de modo a assegurar a manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício, independentemente da vontade do empregador⁹².

Continua ainda o mesmo autor, para diferenciar a idéia de garantia de emprego da noção de estabilidade, explicando que

Garantia de emprego, por sua vez... é a vantagem jurídica de caráter transitório deferida ao empregador em virtude de uma circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido,

⁹¹ CAMINO, Carmen. op. cit. p. 523

independentemente da vontade do empregador. Tais garantias tem sido chamadas, também, de estabilidade temporárias ou estabilidade provisórias⁹³.

A diferenciação proposta, contudo, não parece corresponder adequadamente ao que se verifica na realidade. De fato, não existe motivos para se considerar que a noção de “garantia de emprego” encerre apenas vantagens jurídicas de caráter transitório, muito menos limitadas à manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido. Aparentemente, procurou o autor adotar tal terminologia com o intuito de diferenciar a estabilidade “real” das denominadas “estabilidade provisórias”, tais como àquelas conferidas constitucionalmente à gestante e aos representantes dos empregados na CIPA. A preocupação em diferenciar estas duas últimas noções, entretanto, acabou por reduzir a idéia de garantia de emprego apenas às hipóteses de estabilidade temporárias reconhecidas no Brasil, não abrangendo, portanto, todas as possibilidades do instituto. De fato, como bem salienta Arion Sayão Romita, a estabilidade é apenas uma, de uma série de medidas destinadas a garantir o emprego, que consiste na impossibilidade de despedir o empregado, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas pelas fontes formais⁹⁴, como aquelas hipóteses de estabilidade provisória, mencionadas por Godinho, que efetivamente correspondem à garantia de manutenção do vínculo por um período de tempo definido e limitado.

Para Mario Deveali:

la estabilidad, em sentido próprio, consiste en el derecho del empleado a conservar el puesto durante su vida laboral (o sea, en el caso de existir jubilaciones o pensiones por vejez o incapacidad, hasta cuando adquiere el derecho a la jubilación por pensión), no pudiendo ser declarado cesante, antes de dicho momento, sino por algunas causas taxativamente determinadas⁹⁵.

A definição deste autor é um pouco melhor, deixando em aberto as “causas taxativamente determinadas” pela legislação, mas ainda se ressentir de uma forte vinculação com a forma disciplinada positivamente, posto que a aposentadoria mencionada por ele não é, necessariamente, uma causa intrínseca de extinção do

⁹² DELGADO, Maurício Godinho. op. cit. p. 1241

⁹³ DELGADO, Maurício Godinho. op. cit. p. 1247/1248

⁹⁴ ROMITA, Arion Sayão. op. cit. p. 431

⁹⁵ DEVEALI, Mario. DEVEALI, Mario. **El derecho del trabajo: en su aplicación y sus tendencias.** Tomo I. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1983. p. 536

contrato de trabalho, muito menos de extinção de estabilidade, notadamente no Brasil, em que ainda impera grande celeuma a respeito do tema.

Carlos Alberto Gomes Chiarelli procura diferenciar a idéia de garantia de emprego da estabilidade, assim como entendida tradicionalmente, ao salientar que, na garantia de emprego

O rompimento contratual por iniciativa unilateral do empregador pode ocorrer, desde que, mesmo sendo o trabalhador um empregado zeloso e prestativo, sem culpa pessoal ou funcional, por omissão ou comissão, haja uma motivação que sobrepaire a sua vontade e que atue como concausa para embasar a decisão patronal⁹⁶.

Segundo o doutrinador gaúcho, assim, a diferenciação entre os dois institutos está no fato de que, enquanto na estabilidade propriamente dita há uma vedação absoluta à possibilidade de dispensa por iniciativa do empregador, salvo as hipóteses de falta grave cometida pelo empregador⁹⁷, na garantia de emprego a possibilidade de terminação contratual de forma unilateral pelo empregador permanece, mas condicionada à verificação de uma motivação, esclarecendo que

as justificativas da despedida não se vinculariam a ato irregular do empregado. Localizar-se-iam em necessidades da empresa, visando a torná-la mais competitiva dentro do mercado, ou ensejando, mediante redução de custos, assegurar-lhe equilíbrio receita-despesa, para garantir sobrevivência orçamentária⁹⁸.

A diferenciação apontada é útil porque confere à noção de garantia de emprego um caráter mais flexível que o da idéia de estabilidade do seu ponto de vista mais tradicional, eis que, conforme explana Maurício Godinho Delgado:

A estabilidade é, sem rodeios, permanente, criando uma quase-propriedade do emprego pelo trabalhador. Este preserva seu contrato de duração indeterminada de modo indefinido no tempo,

⁹⁶ CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. op. cit. p. 17

⁹⁷ Para Carolina Kosma Krieger, contudo, “estabilidade é a permanência no emprego somente podendo haver dispensa se for caso de falta grave comprovada previamente ou fato social relevante de natureza técnica ou econômica”. KRIEGER, Carolina Kosma. *Dispensa do empregado e o princípio justificador no direito do trabalho*. in HASSON, Roland; VILLATORE, Marco Antônio César. **Direito do trabalho: análise crítica**. Vol. I. Curitiba: Juruá, 2006. p. 222. Tal definição, contudo, além de não encontrar respaldo no direito brasileiro positivado, que não admite a ruptura do contrato de trabalhador estável por motivo de natureza técnica ou econômica, também inviabiliza qualquer distinção entre o conceito tradicional de estabilidade e as hipóteses de dispensa não arbitrárias a que faz alusão o art. 7º, I, da Constituição Federal, como se verá adiante.

até que fato excepcional e tipificado em lei surja, com força bastante para extinguir o pacto empregatício: por exemplo, a morte, aposentadoria voluntária ou pedido de demissão pelo próprio obreiro, ou a extinção efetiva da empresa, ou ainda, a resolução culposa do contrato, por justa causa operária⁹⁹.

É também no mesmo diapasão o entendimento de Cabanelas, para quem

La estabilidad en el empleo se confunde con la permanencia; por aquélla, el trabajador incorporado a la empresa aparece como elemento necesario a ésta, que tiene una especie de propiedad de su empleo, del cual sólo podrá ser privado con causa justificada. Cuando el trabajador aparece unido a la empresa por una relación de carácter permanente, en forma continuada, la ruptura del contrato de trabajo no puede producirse, salvo que medien causas graves o justificadas. La estabilidad en el empleo limita la autonomía del empresario para poder disolver el vínculo laboral y excluye la posibilidad de ser despedido el trabajador sin justa causa...¹⁰⁰

Mais do que isso, essa diferenciação, além de ser largamente utilizada pela doutrina brasileira contemporânea para distinguir os dois institutos, terá importância pivotal na interpretação da disciplina constitucional a respeito da proteção da relação de emprego, como se verá posteriormente.

Melhor distinção, até por ser mais abrangente, parece ser a oferecida por Amauri Mascaro Nascimento, ao explicar que

garantia de emprego e estabilidade são figuras diferentes: a primeira é genérica, abrangendo um campo no qual são disciplinadas outras prerrogativas, não apenas o direito de não ser despedido. Garantia de emprego quer dizer também direito de obter emprego e direito de conservá-lo. Seu princípio maior é o direito ao trabalho, de nível constitucional. Admissão compulsória de trabalhadores é medida de garantia de emprego e não é medida de estabilidade. Recuperação de emprego perdido é também técnica de garantia de emprego e não de estabilidade. Assim, se garantia de emprego e estabilidade no sentido econômica aproximam-se, o mesmo não ocorre quanto à estabilidade em sentido jurídico¹⁰¹.

As medidas de garantia de emprego, portanto, não abrangem apenas as hipóteses de estabilidade ou restrições ao direito de dispensa do trabalhador, mas albergam uma

⁹⁸ CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. op. cit. p. 35

⁹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. op. cit. p. 1248

¹⁰⁰ CABANELLAS, Guillermo. op. cit. p. 581

¹⁰¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. op. cit. p. 49

série de medidas e políticas públicas destinadas a incentivar a manutenção do posto de trabalho por longos períodos, assim como facilitar a realocação do trabalhador em novo posto e minimizar o prejuízo decorrente da perda do emprego anterior, o que envolve, na prática, uma série de medidas que possam ser identificadas como uma autêntica política de emprego no país¹⁰².

3.3 Proteções ativas e passivas da relação de trabalho

As iniciativas políticas e jurídicas voltadas à defesa do emprego em uma sociedade, como se viu, não se restringem à meras disposições proibitivas ao direito de terminação do contrato de trabalho, ou mesmo normas que se destinem a coibir o exercício do mesmo, não se limitando, portanto, a meras medidas de cunho negativo. Via de regra, e de forma acentuada na modernidade, há uma concomitância de elementos positivos, ou afirmativos, que visam incentivar a perpetuação no tempo das relações de trabalho, ou permitir que o tempo de realocação do trabalhador na sociedade, ou seja, o período em que permanece desempregado, seja o mais curto possível, e o menos desgastante possível para o trabalhador e sua família.

Embora este trabalho esteja voltado mais propriamente para a disciplina da proteção da relação de trabalho contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, a que alude o art. 7º, I, da Constituição Federal, é inegável que as demais políticas legislativas que podem ser adotadas constituem medidas suplementares à proteção constitucional, e como tal não podem ser ignoradas.

Nesse campo, é possível diferenciar duas espécies distintas de políticas públicas, entendidas como políticas ativas e política passiva de proteção ao trabalho. Assim as definem Peter Auer e Sandrine Cazes:

we define “passive” labour market policies as income replacement due to unemployment or given on other labour market grounds (early retirement for example), with no obligation to be trained or to work. “Active” policies always imply that the participants in such measures are

¹⁰² É também a posição de José Soares Filho, ao asseverar que “a proteção da relação de emprego no Brasil concerne, basicamente, ao direito do trabalhador de manter-se no emprego. Vale notar, a propósito, que a proteção da relação de emprego compreende, além do direito de não ser despedido, prerrogativas como a de obter emprego e a de mantê-lo, o que requer uma política governamental de investimentos na área econômica e no campo dos serviços sociais, que propiciem o desenvolvimento e suscitem a geração de empregos. Relaciona-se, pois, com a política de emprego.” SOARES FILHO, José. op. cit. p. 320

trained or hold a non-regular job, such as in a public temporary work scheme¹⁰³.

As políticas passivas, portanto, caracterizam-se pela substituição, ainda que parcial, da renda auferida pelo trabalhador em seu antigo emprego, durante o período de realocação de sua mão-de-obra no mercado, sem que a lei demande qualquer tipo de contraprestação por parte do cidadão economicamente ativo (o que não significa dizer que a lei não possa estabelecer requisitos ou prazos de carência para a percepção do benefício). Já as políticas ativas não envolvem reposição financeira do trabalhador, mas sua participação em programas de capacitação ou de iniciativas públicas que fomentem a empregabilidade, “tais como a oferta de formações profissional, os subsídios às empresas para a contratação de mão-de-obra, o apoio ao emprego no setor público, a oferta de serviços para o trabalhador procurar uma nova ocupação, entre outras”¹⁰⁴.

Na maioria dos países, a existência de vedações legais ao direito de dispensa geralmente encontra uma contrapartida (tradeoff) em face das políticas públicas ativas e passivas com relação à proteção ao trabalho. Ou seja, como regra, a maior dificuldade nas hipóteses de rescisão contratual por parte do empregador encontra uma contrapartida em uma baixa densidade de políticas públicas voltadas a garantir o emprego. Por outro lado, países que, de forma geral, não cerceiam a liberdade de rescisão contratual de forma significativa tendem a assumir compromissos de políticas públicas que garantam o obreiro no mercado de trabalho¹⁰⁵.

A regra de contrapartida, contudo, não é absoluta. Existem países em que tanto as regras que restringem a dispensa são frágeis, e que tampouco possuem políticas públicas passivas ou ativas que compensem a perda do trabalho, como é o caso do

¹⁰³ AUER, Peter; CAZES, Sandrine. op. cit. p. 1

¹⁰⁴ CHAHAD, José Paulo Zeetano. *O combate ao desemprego no contexto das transformações do mundo do trabalho: conceitos e sugestões para o caso brasileiro*. **Revista Trabalho & Doutrina** n. 23 dezembro de 1999. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 24. Outro exemplo é oferecido por José Pastore, ao versar a respeito dos mecanismos de lay-off: Os problemas de desemprego podem ser ainda bastante aliviados pelos mecanismos de *lay off* e contratação por tempo determinado. O mecanismo do *lay off* prevê que os trabalhadores, em lugar de serem despedidos, entram em disponibilidade por um tempo razoável, até que as empresas recuperar suas forças”. PASTORE, José. op. cit. p. 35

¹⁰⁵ É o que salienta José Pastore, ao destacar que “no mundo todo, porém, mecanismos de proteção vem mudando como respostas às novas necessidades da concorrência, globalização e revolução tecnológica. Ademais, eles são comumente acompanhados por medidas compensatórias que atenuam as suas deseconomias”. PASTORE, José. op. cit. p. 37

Japão¹⁰⁶. De outro lado, há países que apresentam profunda rigidez na possibilidade de exercício do direito de dispensa, cumulado com ampla cobertura de políticas públicas de garantia ao emprego, como ocorre na França¹⁰⁷.

A realidade brasileira se destaca precisamente por apresentar semelhante anomalia, fazendo conviver um sistema bastante amplo de possibilidade de dispensa, em que o direito potestativo do empregador, como visto, é quase absoluto, ao mesmo tempo em que não confere proteção adequada mediante políticas públicas, quer passivas quer ativas, de garantia ao emprego, as quais apenas muito recentemente passaram a fazer parte da legislação brasileira.

A título de exemplo, apenas em 2001, mediante a Medida Provisória 2164-41, foi disciplinado no direito brasileiro a possibilidade de suspensão do contrato de trabalho para fins de qualificação profissional do trabalhador, mediante o acréscimo do art. 476-A à CLT, e mesmo assim a cargo do empregador, e não através do Poder Público, com expressa autorização sindical (§ 1º) e, naturalmente, aquiescência formal do empregado. O contrato de aprendizagem, uma das formas mais elementares de obtenção de qualificação e experiência profissional foi atualizado apenas em 2005, através da lei 11180, que modificou a redação do art. 428, da CLT. O Programa Nacional de Primeiro Emprego, instituído em 22/10/2003 pela lei 10748 não chegou sequer a completar cinco anos de existência, sendo revogado pela Medida Provisória 411, de 28 de dezembro de 2007, que instituiu em seu lugar o Programa Nacional de Inclusão de Jovens, razão pela qual não é sequer possível avaliar seu impacto no cenário trabalhista brasileiro.

Rigorosamente, portanto, a principal política pública de garantia adotada

¹⁰⁶ Sobre a realidade japonesa, contudo, sublinham Peter Auer e Sandrine Cazes que “japanese policies are geared towards employment maintenance, rather than labour market exits. For example, unemployment insurance (in Japan “employment insurance”) supports employment maintenance rather than lay-offs.. Flexibility is usually not met by frequent dismissals and hiring, even for the marginal workforce, but by internal means, such as reduction of overtime or wages”. AUER, Peter; CAZES, Sandrine. op. cit. p. 15

¹⁰⁷ E não há, efetivamente, motivos para entender que exista uma contradição necessária entre maior proteção à continuidade do vínculo de trabalho, cumulada com política pública de suporte ao emprego. Nesse sentido, assevere Amauri Mascaro Nascimento que “não há antinomia entre estabilidade e mobilidade na ordem trabalhista, pois as técnicas de estabilidade econômica são mais amplas e transcendem os limites traçados pela relação de emprego. Envolve medidas que se destinam a garantir ao trabalhador o seu ingresso numa empresa e determinadas reparações econômicas. Assim, são técnicas de estabilidade econômica as disposições relativas à recolocação do trabalhador despedido através de agências oficiais ou não oficiais; técnicas de natureza previdenciária, como seguro-desemprego; técnicas de reparações pela perda do emprego, como indenizações e, no Brasil, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço etc. Destinam-se, portanto, a eliminar a insegurança econômica do trabalhadores, cercado-o de garantias para que a sua sobrevivência não sofra maiores abalos”. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. op. cit. p. 50

amplamente no Brasil restringe-se à política passiva do seguro-desemprego, regulamentado pela lei nº 7998/90, o qual tampouco está indene de críticas.

Primeiramente tem-se a idéia de que semelhante sistema corresponde a apenas uma, de uma série de medidas redistributivas que poderiam ser adotadas, com o fim de salvar a população mais carente que se encontra desamparada em situação de desemprego. Tal finalidade, contudo, é criticada pelos estudiosos, sendo certo que, segundo conclusão do IPEA:

o fato de a magnitude do desemprego não ser crescente com o nível educacional, ser menor entre os chefes e menor entre as pessoas mais velhas, leva a que o programa não venha a atingir a população com mais baixos salário e que mais contribuir para o orçamento de suas respectivas famílias. Assim, o impacto redistributivo do programa de seguro desemprego é muito limitado¹⁰⁸.

Além disso, outro problema relacionado ao seguro-desemprego, segundo José Paulo Chahad,

trata-se do chamado “risco moral” (moral hazard) implícito na concessão do benefício, cuja existência tem sido constatada em praticamente todas as modalidades de seguro. No caso do desempregado, o argumento é que, ao sentir-se protegido, mesmo que parcialmente, ele se torna negligente em busca de solução para sair dessa situação¹⁰⁹.

E de fato, a preocupação com a ociosidade na sociedade, notadamente aquela que pode decorrer do patrocínio estatal, não constitui uma preocupação nova, mas que sempre ocupou as mentes dos sábios sociais. Alexis de Tocqueville, com sua incisividade particular, observava que

o homem, como todos os seres organizados socialmente, tem uma tendência natural ao ócio. Existem, no entanto, dois incentivos para o trabalho: a necessidade de viver, e o desejo de melhorar as condições de vida

...

qualquer medida que estabeleça a caridade legal de forma permanente e lhe dê uma forma administrativa cria, com isso, uma classe ociosa e preguiçosa, que vive às custas da classe trabalhadora e industrial¹¹⁰.

¹⁰⁸ BARROS, Ricardo Paes; CAMARGO, José Márcio; MENDONÇA, Rosane. **A estrutura do desemprego no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, 1998. p. 30

¹⁰⁹ CHAHAD, José Paulo. op. cit. p. 28

¹¹⁰ TOCQUEVILLE, Alexis. **Ensaio sobre a pobreza**. Rio de Janeiro: Univercidade, 1999. p. 94 e 98

A desconfiança do autor francês era compartilhada por Stanley Jevons, para quem:

Os artesão, operários e outros parecem preferir em geral maior ócio do que maior fortuna, provando assim que o sofrimento do trabalho varia tão rapidamente a ponto de sobrepujar com facilidade o ganho da utilidade¹¹¹.

É verdade, contudo, que a desconfiança inicial dos autores não é compartilhada por todos os economistas contemporâneos. Amartya Sen, por exemplo, entende que

como as pessoas procuram emprego por várias razões – e não apenas para receber uma renda -, a substituição parcial do salário perdido pelo custeio público pode não ser, de fato, um desincentivo tão grande para que as pessoas procurem emprego, como às vezes se supõe. Na verdade, o alcance e a magnitude dos efeitos desincentivadores do seguro-desemprego não estão nada claros¹¹².

Independentemente, contudo, dos efeitos deletérios que o seguro-desemprego possa produzir no que diz respeito ao incentivo aos trabalhadores para procurar uma nova ocupação – o que, de toda sorte, está vinculado também a uma série de elementos circunstanciais, como duração do benefício, seu valor e até mesmo às características culturais prevaletentes em uma dada sociedade – não há dúvida de que, como toda e qualquer assistência social prestada pelo Estado, ela possui um custo pesado, eis que onera pesadamente os contribuintes, na mesma proporção em que aumenta a gama de beneficiados¹¹³, como também sinaliza para a existência de um grande percentual de pessoas economicamente ativas que, ao menos formalmente, não se encontram produzindo em uma dada sociedade¹¹⁴. Seja por qual prisma que se analise a questão, é evidente que o seguro-desemprego, embora minimize o impacto econômico para o desempregado, não contribui para garantir o acesso ao emprego se for instituído como

¹¹¹ JEVONS, William Stanley. **A teoria da economia política**. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 153

¹¹² SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 155/156

¹¹³ No Brasil as despesas com seguro-desemprego saltaram de R\$ 2.898.880.000,00 em 1995 para R\$ 8.770.730.000,00 em 2005, embora o valor médio do benefício, em termos do salário mínimo, tenha caído nesse período de 1,54 para 1,36. cf. DIEESE. **Anuário dos trabalhadores: 2007**. 8.ed. São Paulo: DIEESE, 2007. p. 161

¹¹⁴ Em 2005 o número de beneficiados pelo seguro-desemprego no Brasil foi de 5.362.968 pessoa. DIEESE. **Anuário dos trabalhadores: 2007**. 8.ed. São Paulo: DIEESE, 2007. p. 161

medida isolada de política pública¹¹⁵.

Assim, de forma que o seguro-desemprego não constitua uma forma de subsidiar o ócio de uma parcela da população, tampouco uma válvula de escape para a informalidade, parece correto o alerta de José Paulo Chahad para

a necessidade constante de treinamento e reciclagem, com forte participação das empresas, exige uma nova postura em termos de políticas passivas do tipo seguro-desemprego, combinadas com subsídios para investimentos em “capital humano”, visando aumentar o grau de segurança percebida pelo trabalhador¹¹⁶.

Idealmente, portanto, é necessário que haja uma série de medidas voltadas para a proteção do emprego, paralelamente a um programa que amplie as possibilidades de acesso ao mercado de trabalho – já que evidentemente o aumento de duração dos contratos de trabalho implica menor rotatividade da mão-de-obra e, assim, menor abertura de postos de trabalho¹¹⁷ – aliado a um sistema de proteção da situação de desemprego que esteja vinculado a outros projetos de capacitação e aumento do capital humano do trabalhador desempregado.

4. O direito à estabilidade e à garantia de emprego no Brasil

Evolução da estabilidade e da garantia de emprego no Brasil

Conforme se viu anteriormente, muito embora a idéia de garantia de emprego não se restrinja às hipóteses de estabilidade no emprego, não há como negar que as primeiras iniciativas legais, e as principais políticas públicas, ativas e passivas, voltadas

¹¹⁵ Uma alternativa possível para a sistemática única do seguro-desemprego existente no Brasil, e que se encaixa perfeitamente com a possibilidade de suspensão do contrato de trabalho, e, assim manutenção do vínculo de emprego, parece ser a *cassa integrazione* existente na Itália. A seu respeito, disserta Antônio Bonival Camargo que se trata de um instituto “que assegura um rendimento mensal para um grupo ou a totalidade de trabalhadores da empresa que, por motivos alheios à vontade dos sujeitos da relações empregatícia, venha de se utilizar desse *favor legis*, suspensos os contratos, porém garantindo aos trabalhadores salário e emprego”. Continua o mesmo doutrinador explicando que “a retribuição para a *cassa integrazione* se opera pela participação preventiva das empresas, que, dependendo do tamanho e número de trabalhadores, retribuem, mensalmente, com a importância de 2% a 5%, calculada sobre a folha do mês da contribuição”. CAMARGO, Antonio Bonival. *Flexibilização garantidora do emprego*. **Revista Trabalho & Doutrina** n. 23 dezembro de 1999. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 4 e 6

¹¹⁶ CHAHAD, José Paulo Zeetano. op. cit. p. 27

para esse fim, começaram a surgir no Brasil muito recentemente, de forma mais significativa tão somente a partir do final do século XX e nesta primeira década do século XXI. Historicamente, o padrão legislativo brasileiro de proteção à relação de trabalho sempre consistiu na estabilidade no emprego.

A estabilidade no emprego, no Brasil, é primeiramente reconhecida, sem maiores surpresas, no serviço público¹¹⁸, existindo previsão nesse sentido desde a Constituição de 1824, que dispunha em seu art. 149 que “os oficiais do Exército e Armada não podem ser privados de suas patentes, senão por sentença proferida em Juízo competente”, e ainda, em seu art. 153, que “os juízes de direito são perpétuos, o que todavia se não entende que não possam ser mudados de uns para outros lugares pelo tempo, e maneira, que a lei determinar”. A Constituição de 1891 seguiu a mesma tendência, garantindo a vitaliciedade aos juízes e a prerrogativa aos oficiais do Exército e da Armada.

Para os trabalhadores vinculados à iniciativa privada, o direito à estabilidade no emprego, em seu sentido estrito de ser vedado o direito potestativo ao empregador de denunciar o contrato de trabalho, surge apenas através do Decreto nº 4682/23, também conhecido como Lei Eloy Chaves, o qual beneficia apenas aos trabalhadores em empresas de estradas de ferro, sendo que a norma sequer versava, especificamente, a respeito de estabilidade no emprego, ou mesmo sobre contrato de trabalho em sentido amplo, mas sim sobre a criação de uma Caixa de Aposentadoria e Pensões para os empregados desse setor da economia. Não obstante, estipulava em seu art. 42, que “depois de 10 anos de serviços efetivos, o empregado das empresas a que se refere a presente lei só poderá ser demitido no caso de falta grave constatada em inquérito administrativo, presidido por um engenheiro da Inspetoria e Fiscalização das Estradas de Ferro”.

É correta, portanto, em face disso, a observação de José Alberto Couto Maciel quando salienta que

¹¹⁷ É o que observa José Pastore, ao frisar que “de um modo geral, mão-de-obra estável tender a ser de boa qualidade. Mas isso tem um custo. O fechamento de porta de saída determina o fechamento da porta de entrada. Os bloqueadores de dispensa dificultam o emprego, à medida que as empresas elevam as exigências no recrutamento, treinamento e promoção”. PASTORE, José. op. cit. p. 38

¹¹⁸ Não se trata propriamente de uma exclusividade brasileira. Cabanellas ressalta que também no continente Europeu o direito à estabilidade foi conferido primeiro aos servidores públicos, acompanhando o desenvolvimento do direito administrativo. cf. CABANELLA, Guillermo. op. cit. p. 584

O instituto da estabilidade teve origem no Brasil nas leis previdenciárias e visava, especialmente, proteger, não ao empregado, mas às instituições de previdência social, e a razão é simples de ser percebida: o empregado, com receio de ser demitido, não se associava às Caixas de Previdência, pois perdendo o emprego perderia também as contribuições que efetuou para a aposentadoria¹¹⁹.

Idêntica opinião é compartilhada por José Soares Filho, que assevera:

a instituição do regime de estabilidade no emprego, no Brasil, resultou do interesse de manter as caixas de pensões e, mais tarde, os institutos de previdência. Tinha, pois, como objetivo atender a necessidade técnico-atuarial de proteger as instituições de seguro social recém-criadas¹²⁰.

Não obstante o direito tenha sido assegurado como um benefício indireto da finalidade precípua de sustentar o fundo de pensão instituído pela lei, é inegável que a partir de tal norma desenvolveu-se o direito à estabilidade no direito brasileiro, com a característica de restringir severamente o direito potestativo do empregador de dispensar o empregado que já tivesse uma certa antigüidade na empresa, admitindo-a tão-somente na hipótese de falta grave devidamente comprovada mediante inquérito administrativo. A gênese do direito acaba sendo comprovada por sua universalização a partir da lei nº 62/35, que passa a beneficiar todos os trabalhadores urbanos da iniciativa privada, previsão esta que será constitucionalizada em 1937, até ser consolidada no art. 492, da CLT, em 1943, com a seguinte redação:

o empregado que contar mais de dez anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivos de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.

É verdade que não se pode enxergar em tal universalização do direito para os trabalhadores urbanos uma revolução significativa já que a quantidade de trabalhadores beneficiados pela rigidez legal era muito pequena. Conforme esclarece Magda Biavaschi:

No Brasil de 1930, grande parte da população estava na zona rural. Não havia grandes concentrações operárias. O proletariado urbano, de formação recente, ainda que tivesse certo

¹¹⁹ MACIEL, José Alberto Couto. *A inconstitucionalidade da despedida arbitrária frente ao texto da Constituição de 1988 e a conseqüente reintegração do empregado*. **Revista LTr**. Março 1999. Ano 63. São Paulo: LTr, 1999. p. 312/313

acúmulo de reivindicações, não se apresentava como força orgânica capaz de impulsionar um processo de positivação das normas de proteção social de forma eficaz. O substrato material de suas lutas políticas não era igual àquele da Inglaterra do século XIX, da grande indústria... Há poucas décadas se haviam rompido as amarras da escravidão. A dualidade senhor/escravo não estava superada. O trabalhador “livre” não se havia afirmado como sujeito de direitos¹²¹.

Não se ignora que a Constituição de 1946, em seu art. 157, XII, passou a beneficiar também o trabalhador rural com a estabilidade no emprego, mas admitindo o pagamento de indenização no caso de dispensa, e não de reintegração no emprego, muito distante, portanto, do direito à reintegração que era reconhecido como regra ao trabalhador urbano, salvo hipóteses em que o Juízo considerasse desaconselhável a reintegração, hipótese em que a mesma seria convertida em indenização, nos termos do art. 496, da CLT.

Prova do baixo impacto geral do direito à estabilidade sobre a mão-de-obra brasileira pode ser encontrada em Carlos Alberto Gomes Chiarelli, que observa que

o que impunha um registro era a baixa percentualidade de estabilitários. Segundo estatísticas oficiais da época... não ultrapassaria de 6% (seis por cento) o número de trabalhadores estáveis, tomando por referência a totalidade dos empregados integrantes do mercado formal, em meados da década de sessenta¹²².

Não obstante, Luiz Werneck Vianna menciona que um estudo realizado pela Universidade de Harvard também na década de 60 entre o empresariado brasileiro constatou que 64% dos empresários entendiam que o direito à estabilidade conspirava contra a produtividade, pugnando por sua extinção da vida das empresas¹²³.

A contradição entre a relevância da estabilidade entre a massa de trabalhadores existentes e a preocupação demonstrada pelo empresariado é gritante, e só pode ser justificada como uma exteriorização do traço autoritário que marca as relações de poder no Brasil, e que é cristalina nas relações de subordinação existente no meio de trabalho pátrio¹²⁴.

A despeito do seu baixo impacto e relevância nas relações de trabalho do Brasil, é verdade que o sistema até então adotado não estava imune a críticas. Conforme

¹²⁰ SOARES FILHO, José. op. cit. p. 258

¹²¹ BIAVASCHI, Magda Barros. op. cit. p. 100

¹²² CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. op. cit. p. 27

¹²³ apud. DELGADO, Maurício Godinho. op. cit. p. 1235

assinala Maurício Godinho Delgado:

o sistema não contemplava, minimamente sequer, como fatores justificadores de dispensas seletivas, circunstâncias econômicas, financeiras e tecnológicas que comprovadamente afetassem a estrutura e a dinâmica das empresas¹²⁵.

Ao lado da evidente influência do espírito autoritário que anima as relações jurídicas brasileiras¹²⁶, havia também a concomitância de um regime de garantia de emprego absolutamente rígido, que conferia ao empregado, efetivamente, uma propriedade sobre o posto de trabalho que não poderia ser abalada por qualquer condição estrutural da empresa, mas somente por uma eventual prática de ato ilícito por parte do próprio trabalhador, o que tornava frágil a própria legitimação teórica do instituto.

Com bastante severidade, sublinhava Celso Ribeiro Bastos que:

transformar o emprego num direito oponível ao empregador de forma quase absoluta é repudiar os imperativos de uma boa gestão empresarial. É negar as condições reais da própria economia, que estão sempre a demandar um remanejamento da força laboral. É, também, obstar o bom clima que deve reinar dentro da empresa. Tudo isso faz com que o direito à estabilidade no emprego seja uma modalidade muito insatisfatória de assegurar um direito amplo ao trabalho que, este sim, pode ser cobrado do Estado¹²⁷.

E já em 1966, Arnaldo Süssekind apontava um problema de ordem quase psicológica relativo à sistemática adotada, ao asseverar que:

precisamente porque a estabilidade no emprego constitui, em nosso país, o mais avançado instituto de proteção ao trabalhador, muitas empresas vêm despedindo os seus empregados antes de completar o decênio com o qual nasce o direito. E, assim, a estabilidade, que visa a propiciar segurança individual e familiar ao trabalhador, tem-se transformado, de um modo geral, em

¹²⁴ ver a respeito: COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder punitivo trabalhista**. São Paulo: LTr, 1999

¹²⁵ DELGADO, Maurício Godinho. op. cit. p. 1235

¹²⁶ Influência autoritária esta que não se limita às relações particulares, mas também transita os atos da Administração Pública. Conforme lembra Ney José de Freitas: “o Administrador Público tem verdadeiro fascínio pelo exercício do que a doutrina tradicional denominou poder discricionário. Essa expressão serviu para legitimar atos que, na realidade, foram praticados com requintes de arbitrariedade e que escapavam do controle judicial por força de doutrina – forte, e ao mesmo dócil para os detentores do poder – no sentido de que a discricionariedade integra o mérito do ato administrativo (conveniência e oportunidade) situando-se em zona inderdita ao exame do Poder Judiciário”. FREITAS, Ney José. **Dispensa de emprego público e princípio da motivação**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 134

motivo de insegurança e temor, dada a ameaça de despedida imotivada aos oito ou nove anos de serviço¹²⁸.

Não havia, portanto, cenário mais propício para o surgimento da lei nº 5107/66, que instituiria o sistema do FGTS em contrapartida à estabilidade decenal da CLT, haja vista que tal medida encontrava amparo no pensamento do empresariado brasileiro, e pouca resistência obreira, já que, conforme salientado, poucos eram os trabalhadores efetivamente beneficiados pela estabilidade celetista. Ademais, a possibilidade que o novo sistema oferecia para os trabalhador de “optarem” entre a sistemática da estabilidade tradicional, ou renunciarem a ela em prol do FGTS deixava margem à interpretação de que se ampliavam as possibilidades de escolha do empregador. O fato de que tal liberdade de escolha era mais aparente do que real é uma lição histórica, mas não retira a influência psicológica que a previsão legal possuía.

O sistema fundiário se colocava não apenas como alternativa à estabilidade prevista na CLT, como também ao sistema de indenização previsto pelo diploma consolidado.

De fato, estipulava a CLT uma indenização por ocasião da rescisão do contrato de trabalho correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a seis meses (art. 478, da CLT)¹²⁹. Em seu lugar, a lei fundiária assinalava com um recolhimento, em favor do emprego, de um valor correspondente a 8% de seu salário a cada mês de serviço prestado, depositando-se esse valor em uma conta a ele vinculada. A substituição do formato de indenização, embora trouxesse consigo uma aparente correspondência matemática, fazia-o de forma apenas aparente, como explica José Alberto Couto Maciel:

inobstante tenha sido intenção do legislador proceder a uma equivalência econômica entre os dois sistemas, o do FGTS e o da indenização do estável, pois 8% ao mês totalizaria ao final de

¹²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. 2.º vol. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 413

¹²⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 124. O fato de a Súmula nº 26 do TST ter reputado obstativa ao direito à estabilidade a dispensa do empregador que alcançasse nove anos de serviço não muda o impacto psicológico causado, mas apenas o antecipa para quando o empregado completasse sete ou oito anos de serviço.

¹²⁹ É possível afirmar, assim, que durante o período havia duas formas diretas de proteção da relação de trabalho, que garantiam ou a reintegração no emprego ou o pagamento de indenização em virtude da dispensa sem justa causa. Como aponta Maurício Godinho Delgado: “enquanto a indenização celetista criava óbice econômico significativo e crescente às dispensas sem justa causa, a estabilidade adquirida aos dez anos aprofundava esse obstáculo, transmutando-o de seu estrito caráter econômico para outro, essencialmente jurídico”. DELGADO, Maurício Godinho. op. cit. p. 1233

12 meses o equivalente a um salário por ano trabalhado, tal equivalência não se caracterizou porque, devido à conjuntura inflacionária que nosso país viveu nos últimos anos, a correção monetária e os juros aplicados para atualizar os depósitos do FGTS não foram suficientes para fazê-los equivaler à indenização do estável, que é apurada com base no último salário percebido pelo obreiro¹³⁰.

Na prática, contudo, a mudança era mais profunda, posto que, como frisa Carlos Alberto Gomes Chiarelli,

o novo sistema (FGTS) ensejou a transformação de uma garantia jurídica, real ou potencial, do trabalhador, em valor patrimonial e, sobretudo, em moeda corrente, fazendo-a depositar-se em mãos do Estado, nem sempre o mais competente dos aplicadores¹³¹.

4.2 Extinção da estabilidade permanente – Universalização do sistema fundiário na Constituição de 1988

Conforme visto, o Brasil conheceu o instituto da estabilidade permanente, adquirida após dez anos de serviço em prol do mesmo empregador, por grande parte do século passado. Se é verdade que, em termos práticos, o impacto sob a mão-de-obra não foi significativo, e que ela já fora virtualmente extinta por ocasião do advento da lei que instituiu o FGTS, ao menos formalmente ela continuava prevista na CLT, garantindo a todos os trabalhadores urbanos o direito à estabilidade após o decurso do tempo de serviço assinalado pela lei.

Esse direito à estabilidade, por expressa previsão legal, constituía em verdadeira restrição ao direito potestativo de dispensa por iniciativa do empregador, que não poderia extinguir por ato unilateral o contrato do trabalhador beneficiado pela estabilidade, salvo se o mesmo praticasse alguma falta grave que justificasse a terminação do contrato por justa causa, e, ainda assim, sendo necessário que o comportamento se enquadrasse em algumas das hipóteses legais, e mesmo assim era necessário que o empregador se valesse da via judicial para concretizar o ato, posto que o ajuizamento da ação conhecida por “inquérito para apuração de falta grave” consistia em requisito indispensável para a extinção do contrato por justa causa do empregado estável.

¹³⁰ MACIEL, José Alberto Couto. op cit. p. 313

¹³¹ CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. op. cit. p 29

A dispensa do trabalhador que gozava de estabilidade era reputada um ato nulo, gerando o direito ao empregado de ser reintegrado no emprego, garantindo todos os direitos e vantagens do período de afastamento, assim como o pagamento do salário correspondente, admitindo a lei infraconstitucional a conversão do direito à reintegração em indenização apenas nas hipóteses em que o órgão judicial reputasse inconveniente o retorno do trabalhador ao emprego¹³². A indenização, portanto, não consistia numa opção do empregado, ou mesmo uma forma alternativa do empregador adimplir o direito, mas era uma forma de conversão da obrigação de fazer que cabia apenas ao órgão judicial apreciar.

E de fato, para muitos autores essa consequência em virtude do ato nulo de dispensa, qual seja, a efetiva reintegração do trabalhador no emprego, é a única forma efetiva de estabilidade existente¹³³, o que será objeto de maior exame adiante, ao se analisar a questão das estabilidades próprias e impróprias.

O primeiro efeito da lei do FGTS sobre a disciplina legal da dispensa, até então existente, foi substituir a indenização devida nos casos de extinção sem justa causa do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, o que já foi analisado anteriormente, sendo certo que sua finalidade precípua, do ponto de vista trabalhista, era extinguir a possibilidade de estabilidade dos empregados em favor do novo regime fundiário.

A opção entre o regime estabilitário previsto originariamente e o novo sistema fundiário permaneceu até o advento da Constituição Federal de 1988, que não obstante tenha conferido dignidade constitucional a uma plêiade de direitos trabalhistas, acabou por sepultar a opção até então vigente, universalizando o sistema fundiário como única

¹³² Verdade que para vários autores a denúncia do contrato gera um trauma por si só grande o suficiente para tornar inconveniente qualquer reintegração do empregado. Cabanellas, por exemplo, entende que “la inamovilidad o estabilidad absoluta em el trabajo significaría el derecho de propiedad que el trabajador tiene sobre su empleo; y, em consecuencia, el de ser reincorporado en caso de despido injusto, previa decisión del tribunal, sin la alternativa de abonar indemnización supletoria al empresario. Creer que una vez denunciado el contrato de trabajo éste puede continuar como si nunca hubiera sido disuelto constituye, a nuestro juicio, un absurdo...” CABANELLAS, Guillermo. op. cit. p. 599. O celebrado autor argentino, contudo, parece superlativizar o impacto real da denúncia, que é tão mais diluído quanto maior for a despersonalização do empregador em empresas de maior partes. É possível entender-se que, em empreendimentos de pequenas dimensões, tal circunstância não possa ser ignorada, mas não é possível ignorar que os laços de relacionamento que unem um empregado a um pequeno empregador individual são incomparavelmente diversos daqueles existentes entre empregados de uma grande empresa constituída em sociedade anônima, por exemplo.

¹³³ Para Roland Hasson, por exemplo, “Quando falamos em estabilidade, estamos, naturalmente, referindo-nos ao instituto que protege o trabalhador com a reintegração no emprego. Somente a reintegração é o efeito suficiente quando se fala em estabilidade verdadeira. A substituição da reintegração por indenização compensatória não é efeito da estabilidade propriamente dita, mas, tão-somente, de uma proteção à relação de emprego. Por outra: com a indenização o trabalhador não é efetivamente estável; apenas tem seu emprego algo mais protegido”. HASSON, Roland. op. cit. p. 30

espécie de proteção da relação de trabalho, em substituição à estabilidade até então em vigor.

Com efeito, o art. 7º, III, da Constituição Federal, universalizou o FGTS para todos os trabalhadores, urbanos e rurais, não mencionando mais a possibilidade de “opção” entre os sistemas. É verdade que, de um ponto de vista teórico, é possível a convivência do sistema fundiário ao lado de um regime de estabilidade no emprego. Contudo, o art. 7º, I, da Constituição Federal, ao prever a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, condicionou tal proteção ao advento de futura lei complementar, prevendo, inclusive, a indenização compensatória.

A seu turno, o art. 10, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu inciso I, firmou que a proteção prevista no art. 7º, I, até que advenha a lei complementar mencionada na norma constitucional, ficaria limitada a quatro vezes o valor da multa indenizatória em função da rescisão contratual prevista na lei 5107/66.

Tal previsão foi um tiro de morte na estabilidade permanente no direito brasileiro, por não somente solapar a garantia anteriormente existente, mas condicionar a nova disciplina de proteção ao trabalho à aprovação de lei complementar específica para essa finalidade. Por essa razão, destaca Carmen Camino que

Temos sustentado, com convicção, que melhor teria sido uma Constituição omissa a respeito de quaisquer regras de proteção contra o despedimento imotivado. Isso porque, ao remeter a regulamentação da proteção enganosamente assegurada no inciso I do seu art. 7.º a uma lei complementar, para cuja aprovação é necessária a maioria absoluta do Congresso Nacional (art. 69, da CF), a própria Assembléia Constituinte a inviabilizou. Houvesse o silêncio da Constituição, a garantia de emprego poderia ser obviada através de lei ordinária¹³⁴.

É verdade que há quem interprete tal dispositivo constitucional no sentido de conferir maior amplitude e eficácia à norma constitucional, concebendo que a mesma ainda garante a estabilidade no emprego por si só, o que será objeto de exame à frente, por ocasião da análise mais detalhada da norma inculpada no art. 7º, I, da Constituição Federal.

Contudo, vale notar que, se por um lado a estabilidade permanente teria sido extinta por ocasião da promulgação da atual Constituição Federal, não se ignora que o direito brasileiro ainda admite as denominadas “estabilidade provisórias”.

¹³⁴ CAMINO, Carmen. op. cit. p. 520

A própria Constituição Federal faz referência à manutenção de hipóteses de estabilidades provisórias no emprego, como ocorre com o art. 8º, VIII, que garante a estabilidade provisória ao dirigente sindical a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato. Da mesma forma, o art. 10, dos ADCT, prevê em seu art. 10, II, “a” e “b” a estabilidade provisória do empregado eleito na CIPA, e da empregada gestante.

Situação interessante que ocorre, entretanto, é que mesmo leis ordinárias editadas após a Constituição Federal passaram a prever estabilidades provisórias além daquelas expressamente acolhidas constitucionalmente. Para ficar apenas naquelas mais habituais, é o caso do art. 625-B, da CLT, introduzido pela lei 9958/2000, que conferiu estabilidade provisória ao representante dos empregados nas Comissões de Conciliação Prévia e também da lei 8213/91, em seu art. 118, que garante a manutenção do contrato de trabalho por doze meses em favor do empregado acidentado após o término do benefício do auxílio-doença acidentário.

Embora tais inovação legislativas tenham sido vistas por alguns, inicialmente, como contrárias à Constituição Federal, entendendo que qualquer garantia de emprego só poderia ser disciplinada mediante lei complementar, tal entendimento acabou não prevalecendo. E nada mais natural, posto que o disposto no art. 7º, I, da Constituição Federal não impede que lei ordinária estabeleça outras espécies de garantia provisória de emprego. A lei complementar a que se refere a norma constitucional diz respeito à proteção contra dispensas arbitrárias ou sem justa causa de forma geral, o que não obsta a que a legislação ordinária estabeleça hipóteses de garantias no emprego, ainda que temporárias, para os trabalhadores que estejam em circunstâncias especiais, como acontece com representantes classistas de forma geral, acidentados, entre outros.

4.2.1 Estabilidade no emprego do servidor público na Constituição de 1988

Conforme visto anteriormente, a adoção do sistema fundiário no Brasil, extinguiram-se as hipóteses de estabilidade permanente no emprego, remanescendo apenas para aqueles trabalhadores que já haviam adquirido seu direito à estabilidade antes do advento da obrigatoriedade do novo sistema (hipóteses cada vez mais escassas em nosso país) ou para aqueles que eventualmente tenham garantido a estabilidade em virtude de expressa previsão no contrato individual de trabalho ou em pacto coletivo.

Paralelamente a tais hipóteses também, a Constituição Federal havia estipulado,

em seu art. 41, em sua redação original, que seriam estáveis todos os servidores nomeados mediante aprovação em concurso público. A Constituição não estipulava qualquer diferença com relação ao fato de se tratar de servidor ocupante de cargo ou emprego público, razão pela qual entendeu-se que a previsão compreendia tanto os servidores ocupantes de cargos públicos, e sujeitos, à época, obrigatoriamente ao regime estatutário único, assim como os empregados públicos, regidos pela CLT.

Com a extinção do regime jurídico único para os servidores, e a possibilidade de que tanto a Administração Direta quanto a Administração Indireta pudessem contratar servidores para ocupar cargos sob a disciplina da CLT, a previsão em tela tornou-se ainda mais problemática.

Essa situação modificou após a Emenda Constitucional nº 19/98, que modificou a redação do *caput* do art. 41, da Constituição Federal, que passou a prescrever:

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

Para boa parte da doutrina, a modificação operada restringiu os beneficiários da estabilidade, restringindo-a apenas aos servidores públicos em sentido estrito, assim entendidos os ocupantes de cargos públicos. Nesse sentido a posição de Ney José de Freitas, que frisa:

A meu ver, a EC 19/98 limitou a estabilidade ao regime de cargo, perdendo-se, no vazio, a decisão do STF. Em outras palavras: a partir da promulgação da emenda constitucional, a estabilidade somente pode ser conferida ao servidor ocupante de cargo de provimento efetivo, sem extensão, por consequência, ao empregado público.¹³⁵

Da mesma foram, para Ilse Marcelina Bernardi Lora:

a estabilidade de que trata o *caput* do art. 41 da Constituição Federal somente alcança os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo. Não beneficia servidores celetistas, pois estes são titulares de emprego público.¹³⁶

Não obstante, a Orientação Jurisprudencial nº 265, da SDI-I, do C. TST, editada

¹³⁵ FREITAS, Ney José. **Dispensa de empregado público e princípio da motivação**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 145

em 27 de fevereiro de 2002, prescrevia que:

Estabilidade. Art. 41 da CF/88. Celetista. Administração direta, autárquica ou fundacional.
Aplicabilidade. O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal.

Ou seja, mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº 19/98 o C. TST manteve o entendimento de que a natureza do vínculo, celetista ou estatutário, não modificaria a existência da estabilidade, importando tão-somente a pessoa jurídica que figurasse como empregadora do servidor. Tal fato é reforçado pelo fato de que a Orientação Jurisprudencial nº 229, por sua vez, dispunha que:

Estabilidade. Art. 41, CF/88. Celetista. Empresa pública e sociedade de economia mista.
Inaplicável.

Poder-se-ia afirmar que ambos os entendimentos jurisprudenciais citados acima, embora editados após a Emenda Constitucional nº 19/98, meramente representam o entendimento do C. TST anterior à modificação constitucional. Contudo, após a revisão realizada no final de 2005, o C. TST manteve seu posicionamento, convertendo ambas as Orientações Jurisprudenciais na Súmula 390, I e II, respectivamente, sem excepcionar a nova redação constitucional.

Tem-se, portanto, que pela jurisprudência em vigor do Tribunal Superior do Trabalho, ainda se admite a estabilidade permanente no Brasil, mesmo para trabalhador celetista, contanto que se trate de empregado público da Administração direta, autárquica e fundacional.

Tal estabilidade, conquanto constitucionalmente prevista, abre espaço para que outras possam ser introduzidas no direito brasileiro, ou mesmo que seus efeitos venham a abranger empregados públicos de entidades vinculadas às sociedades de economia mista e empresas públicas, ainda que a modificação da redação constitucional sinalize no sentido de que o legislador esteja procurando se afastar do modelo original.

4.3 O art. 7.º, I, da Constituição Federal

¹³⁶ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. *A estabilidade do servidor público*. **Genesis: Revista de direito do**

4.3.1 Evolução da redação do art. 7º, I, da CF

É fato histórico que, dentre todos os direitos que foram discutidos durante a constituinte de 1988, um dos temas que mais acirradas disputas provocou foi certamente a disciplina constitucional a respeito do tema da estabilidade no emprego e sua garantia. Tal conflito parece confirmar a opinião de Alfredo Montoya Melgar no sentido de que

En pocos temas jurídico-laborales, em efecto, entran tan ostensiblemente em colisión los intereses de empresarios y trabajadores como en el del régimen extintivo de las relaciones laborales; la mayor o menor facilidad de resolver los contratos es el centro de una inacabable discusión entre los defensores de la estabilidad en el empleo y los partidarios de ampliar el poder de decisión del empresario. Ciertamente el principio (em outro tempo indiscutido) de estabilidade en el empleo, viene sufriendo importante erosiones legales, que se explican alegando determinadas exigencias económicas: una gran estabilidad em el empleo – se dice – supondría la reducción de las contrataciones y se opondría al repartor de trabajo¹³⁷,

Na Assembléia Constituinte tal conflito foi concretizado mediante o confronto entre os proponentes da plena estabilidade no emprego, que defendiam a manutenção da sistemática de estabilidade prevista na CLT, ou mesmo sua ampliação, e aqueles que propugnavam pelo reconhecimento do direito de dispensa como um direito potestativo do empregador, garantindo-lhe, assim, o direito de unilateralmente dispensar o trabalhador, sem justa causa.

A contrariedade ao direito do trabalhador à estabilidade encontra-se muito bem manifesta nas palavras de Celso Bastos, para quem:

Embora seja justo que o Estado procure assegurar a todos um instrumento de sobrevivência lícito, por meio do trabalho, ainda assim quer nos parecer que não deve ele lançar mão do direito à estabilidade no emprego. Embora não desconheçamos que ela existe em diversos países, afigure-se-nos, entretanto, mais eficaz o seguro-desemprego. As razões são as seguintes: a estabilidade é sempre relativa, porque não há cautela do trabalhador contra a extinção da empresa. Enfraquece a disciplina e a hierarquia, uma vez que abre campo para toda uma sorte de pequenos atos inconvenientes à empresa e à produção, mas que não chegam a configurar uma coisa justificadora da dispensa, e, finalmente, não há utilidade social nenhum em fazer-se que uma empresa carregue nos ombros um número de empregados que já não lhe são úteis. É evidente que isto vai repercutir nos custos de produção e, em consequência, no próprio poder aquisitivo dos

trabalho. Nº 122. fevereiro de 2003. Curitiba: Gênese, 2003. p. 214

¹³⁷ MELGAR, Alfredo Montoya. op. cit. p. 445/446

empregados, que terão que enfrentar preços mais elevados¹³⁸.

Por outro lado, defendendo a expansão dos direitos trabalhistas, assim como sua compatibilidade com uma economia de mercado e uma sociedade democrática e liberal, destaca Carlos Alberto Gomes Chiarelli que:

nas questões capital-trabalho, na problemática empregado-empregador, a lição dos tempos, da contemporaneidade, do mundo ocidental-democrático-capitalista, é a dos avanços, da melhoria de tratamento ao homem que produz, de incrementos salariais, de redução de jornada, de cuidados com a insalubridade, a periculosidade, a penosidade, da preservação do hífen insubstituível entre o social e o econômico que é a ponte do emprego¹³⁹.

Arnor Lima Neto parece seguir no mesmo diapasão, identificando na progressão dos direitos trabalhistas, e, em especial, da garantia no emprego, um sinal de progresso democrático, assinalando que:

A instituição de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, impõe percorrer o caminho da dignificação do trabalhador, sem dúvida propiciada pela realização, dentre outros direitos, da estabilidade no emprego; pela segurança da continuidade do vínculo, que constitui não só a garantia econômica da própria manutenção e da sua família, mas também é um dos fatores de marcante distinção no convívio social¹⁴⁰.

A evolução da redação do dispositivo em questão durante o processo de elaboração legislativa revela, em suas profundas modificações, o ânimo da disputa. Com efeito, a primeira redação conferida ao tema, aprovada na Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores, conferia aos trabalhadores direito a:

estabilidade desde a admissão no emprego, salvo o cometimento de falta grave comprovada judicialmente, facultado o contrato de experiência de 90 dias.

¹³⁸ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. 2.º vol. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 411/412. As limitações e deficiências do regime do seguro-desemprego, apontado pelo autor como alternativa eficaz ao direito à estabilidade já foram apreciadas anteriormente.

¹³⁹ CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. p. 15

Não há dúvida de que, de todas as propostas que poderiam ser aprovadas em favor da manutenção da estabilidade, esta era uma das mais radicais, eis que não apenas mantinha o direito à estabilidade do trabalhador, admitindo a extinção do contrato de trabalho apenas em razão do cometimento de uma falta grave mediante inquérito judicial, como também extinguiu o “prazo de carência” vigente até então de 10 anos, conferindo estabilidade imediata por ocasião da admissão no emprego. A exceção, facultada no contrato de experiência, evidentemente não altera significativamente o caráter bastante restritivo da medida, mesmo que se admita que o contrato de experiência fosse se tornar uma regra antes da admissão do trabalhador para laborar por prazo indeterminado.

Embora a primeira redação proposta tenha sido alterada pela Comissão da Ordem Social, a modificação operada foi muito mais cosmética do que de fundo. Com efeito, a partir desta Comissão o dispositivo passou à seguinte redação:

garantia de direito ao trabalho mediante relação de emprego estável, ressalvados:

- a) ocorrência de falta grave comprovada judicialmente;
- b) contrato a termo, não superior a dois anos, nos casos de transitoriedade dos serviços ou da atividade da empresa;
- c) prazos definidos em contratos de experiência, não superiores a noventa dias, atendidas as peculiaridades do trabalho a ser executado

Rigorosamente, portanto, nenhuma modificação do ponto de vista do conteúdo do direito. A nova redação mantinha o requisito de falta grave como condição para a extinção do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, assim como a exceção do contrato de experiência, mas limitava o direito à estabilidade nos casos de contrato a termo não superior a dois anos, nos casos de transitoriedade dos serviços ou da atividade da empresa, é dizer, excluída do direito à estabilidade no emprego os contratos por prazo determinado que a própria CLT já admitia.

Nesse ponto o legislador parece ter demonstrado um certo receio que, juridicamente, não se justifica. Aparentemente, a preocupação teve por fundamento o receio de que o reconhecimento do direito à estabilidade inviabilizaria os contratos por prazo determinado, convertendo-os em contrato por prazo indeterminado, o que não é

¹⁴⁰ LIMA NETO, Arnor. A proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa do trabalhador brasileiro no contexto dos direitos fundamentais e sua efetividade. in HASSON, Roland (coord.) **Direito**

verdade em absoluto. Contratos por prazo determinado, ou por obra certa, existem em todos os países que admitem estabilidade plena no emprego, sendo que o advento do termo ou condição contratual põe fim naturalmente ao contrato de trabalho, sem que isso implique qualquer ofensa ao direito à estabilidade.

Conforme ressalta Carlos Alberto Gomes Chiarelli:

Escusado dizer que, no decurso de vigência do contrato por prazo determinado, em qualquer uma de suas múltiplas facetas, também valerá o princípio geral da garantia de emprego. Isto é, durante sua vigência, incorrendo falta disciplinar, profissional ou pessoal do empregado, que o faça suscetível de punição e o enquadre na justa causa tradicional, ou não acontecendo motivações empresariais justificadoras (tecnológicas ou administrativas, anteriormente exemplificadas), não poderá o empregador rescindir unilateralmente o contrato, mesmo que, para isso, disponha-se a pagar indenizações¹⁴¹.

Ou seja, nada impede que haja concomitância entre o direito à estabilidade e contratos por prazo determinado, e que o trabalhador goze do direito à estabilidade durante a vigência do contrato a termo, já que o efeito da estabilidade, nesse caso, não é o de tornar o contrato por prazo determinado em contrato sem determinação de prazo, mas tão-somente impedir que o empregador venha a dissolver o pacto, unilateralmente, antes do advento do termo ou condição.

Ao excluir os contratos por prazo determinado (inclusive o de experiência), da incidência da estabilidade, o que o legislador estava fazendo, na realidade, não era garantir a existência dos contratos a termo, mas sim permitir que o empregador extinguisse os contratos a prazo antecipadamente, sem justa causa¹⁴².

Na Comissão de Sistematização da Assembléia Constituinte a redação de tal dispositivo foi uma vez mais modificada, passando a conferir o direito a

dos trabalhadores e direito fundamentais. Curitiba: Juruá, 2003. p. 51

¹⁴¹ CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. Op cit. p. 38

¹⁴² Não se ignora, contudo, que outros fatores relacionados à duração do contrato, especialmente à antiguidade do trabalhador, ou mesmo à natureza do contrato, como ocorre nos contratos de experiência, possam servir de diretriz para tratamento diferenciado do direito à garantia de emprego. Nesse sentido, explana Cabanellas, versando sobre o direito argentino que:

“La estabilidad en el empleo se concreta, naturalmente, para aquellos trabajadores que son fijos; esto es, que está incorporados de forma permanente a la actividad normal de la empresa y que cumplen una función de igual carácter. El factor tiempo, en la duración de la prestación de servicios, ejerce influencia decisiva para determinar la estabilidad en el empleo y la permanencia en el trabajo.

El hecho de que a um trabajador se le tome a prueba no modifica, de manera alguna, la situación que anteriormente se há esbozado; ya que en este caso el contrato de trabajo, en cuanto a la naturaleza de la prestación e a la producción que el trabajador deba realizar, tiene carácter permanente y es estable, salvo que se produzca la circunstancia de que el trabajador no rinda en la prueba efectuada.” CABANELLAS, Guillermo. op. cit. p. 594

garantia de emprego, protegida contra despedida imotivada, assim entendida a que não se fundar em:

- a) contrato a termo, assim conceituado em lei;
- b) falta grave, assim conceituada em lei;
- c) justa causa, baseada em fato econômico intransponível, fato tecnológico ou infortúnio da empresa, de acordo com os critérios estabelecidos na legislação do trabalho

A proposta desta redação era muito mais moderada do que as demais vistas até o momento. Isso porque, embora tenha mantido a impropriedade de fazer referência ao contrato a termo, admitia a extinção do contrato de trabalho em virtude da prática de falta grave, sem mais fazer alusão à necessidade de inquérito judicial para tanto. De forma mais significativa, contudo, o novo dispositivo diferenciava duas figuras: a “falta grave” da “justa causa”. Não há dúvida, pela simples leitura da nova proposta de reação, que por “falta grave” o dispositivo referia-se à prática das faltas disciplinares a que faz alusão a CLT, ao disciplinar a rescisão contratual por justa causa. Já por “justa causa” o texto constitucional autorizava a extinção do contrato de trabalho por motivos econômicos, tecnológico ou mesmo força maior que afetasse a empresa e que justificasse a cessação das relações de trabalho.

Defendendo a sugestão da Comissão de Sistematização contra os ataques sofridos por parte daqueles que defendiam pleno reconhecimento do direito potestativo do empregador, observa Chiarelli que:

dar a idéia de que o instituto de garantia de emprego, acolhida em votação dramática e emocionante na Comissão de Sistematização, poderia ser gesto revolucionário (cerca de 50 países capitalistas a consagram), além de inovador (na Alemanha Ocidental, onde se cultua o lucro e a economia de mercado, e onde se fez o bem-estar social na base da livre iniciativa, tal garantia vigora há 37 anos¹⁴³).

Independentemente da correta observação do autor gaúcho, a verdade é que a redação proposta pela Comissão de Sistematização acabou não sendo aprovada na redação definitiva, sendo adotada a redação que está em vigor até os dias atuais, que

reza:

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

O dispositivo em vigor foi questionado em sua própria terminologia por Arion Sayão Romita, ao sublinhar que:

O texto em exame resente-se de prolixidade injustificável no corpo da Lei Maior. Conceitua-se como “direito” dos trabalhadores relação de emprego protegida contra despedida arbitrária. Ora, relação de emprego vem a ser a relação jurídica gerada pela prestação de trabalho subordinado por uma pessoa física em favor de outrem. Não é “direito”. Bastaria que se escrevesse: I – proteção contra despedida arbitrária, etc., pois é de proteção, afinal, que se trata¹⁴⁴.

Para Octavio Bueno Magano e Estevão Mallet, houve, através dessa redação, um compromisso entre os dois lados que se defrontavam em torno do tema na Assembléia Constituinte.

O ‘quid pro quo’ do referido compromisso assim se explica: a) acolheram as forças conservadoras a eliminação da ‘denúncia vazia’, relativamente ao contrato de trabalho; b) em compensação, admitiram os radicais que, em princípio, a sanção para a inobservância da limitação passaria a ser a indenização compensatória e não a reintegração no emprego¹⁴⁵.

O posicionamento dos autores em questão no que diz respeito à existência de um verdadeiro compromisso se justifica, em função do entendimento dos mesmos de que a norma constitucional já teria estipulado uma vedação à extinção contratual sem justa causa ou arbitrária, exigindo, portanto, uma causa razoável, fosse ela motivo disciplinar, econômico ou tecnológico da empresa, o que será melhor analisado no próximo capítulo. Não obstante, a prática nacional, assim como o entendimento doutrinário e

¹⁴³ CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. Op. cit. p. 14. Acrescenta ainda o mesmo autor que: “não se chegava, como disseram alguns apressadamente, à escravidão do trabalhador que, com tais garantias, ficaria submisso ao emprego... O empregado dispunha de liberdade de sair da empresa, de demitir-se. Isto ninguém poderia negar-lhe. Se havia escravidão, ela existiria em relação às suas próprias dúvidas, aspirações, perspectivas, esperança do futuro, garantias do passado”. CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. op. cit. p. 25

¹⁴⁴ ROMITA, Arion Sayão. op. cit. p. 455

¹⁴⁵ MAGANO, Octavio Bueno; MALLET, Estevão. **O direito do trabalho na constituição**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 62

jurisprudencial majoritários acabaram se inclinando em favor da manutenção do direito potestativo do empregador, mesmo com a redação em vigor, não se podendo vislumbrar, assim, o “*quid pro quo*” a que aludem Magano e Mallet.

Não se pode ignorar, entretanto, que a norma constitucional faz alusão à lei complementar, que preverá os direitos decorrentes da proteção constitucional, eis que a própria Constituição não os prevê, razão pela qual é necessário, sobretudo, examinar-se a eficácia de tal dispositivo constitucional, bem como os limites, ou mesmo o alcance que poderá apresentar a lei complementar que venha a regulamentá-lo.

4.3.2 Eficácia da norma constitucional e regulamentação complementar

As discussões jurídicas de maneira geral não constituem campo fértil para que haja grandes consensos ou unanimidades, mas no que diz respeito à eficácia das normas constitucionais, parece haver uma certa compreensão compartilhada de que as mesmas devem possuir um certo grau de eficácia, de forma a fazer valer a dignidade que se procura conferir aos bens jurídicos que são protegidos pela Constituição Federal.

Conforme explica Celso Ribeiro Bastos:

Hoje não se admite que a ineficácia seja o timbre da Constituição. Pelo contrário, o que se reconhece é que todas as normas constitucionais tem um mínimo de eficácia. O que se continua a admitir, todavia, são graus diferentes de aplicabilidade¹⁴⁶.

No mesmo sentido o entendimento de Arnor Lima Neto, para quem:

A Constituição, em virtude de sua força normativa, é uma lei vinculativa, dotada de aplicabilidade e efetividade, isto é, como lei, deve ser aplicada, estando de há muito afastada a tese que atribuía à Constituição caráter meramente declaratório ou uma natureza de simples direção política, um caráter programático despido de força jurídica, caracterizadora das verdadeiras leis.

Embora nem todas as leis tenham, por si mesmas, a normatividade suficiente para gerara seus efeitos essenciais, o que depende da completude da norma, é sua densidade normativa e seu conteúdo que determina o seu alcance em cada caso, não existindo, portanto, normas

¹⁴⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 129

constitucionais destituídas de eficácia¹⁴⁷.

Entretanto, afirmar que às normas constitucionais deve ser conferida efetividade não significa que todos os dispositivos constitucionais possuam a mesma condição de produzir plenamente seu efeitos, com efeito, por vezes não apenas a própria Constituição Federal limita tal eficácia plena, como também por vezes autoriza a legislação infraconstitucional a tolher em parte o seu alcance, enquanto por outras a norma para ser concretizada, em virtude de sua própria natureza, demanda a complementação não apenas legislativa, como da coordenação de várias atividades de todos os setores da Administração Pública para realizar sua determinação (e.g. direito à saúde ou à educação). Versando especificamente a respeito das normas de direito “social”, observa Octavio Bueno Magano que

A todas as regras de direito social foi atribuída aplicabilidade imediata. Contudo, força é reconhecer que nem todas possuem o mesmo grau de eficácia. Algumas nascem, desde logo, completas, mostrando-se aptas a reger todas as situações concretas, correspondentes à respectiva “*facti species*”... Outras, ao contrário, só possuem aplicabilidade imediata, de caráter negativo, isto é, no sentido de invalidarem normas legais anteriores ou procedimentos com elas incompatíveis¹⁴⁸.

Existem várias classificações adotadas para fins de compartimentalização das normas constitucionais de acordo com sua eficácia. Uma das mais utilizadas, e proposta no Brasil por José Afonso da Silva, consiste na divisão das normas constitucionais de acordo com sua eficácia e aplicabilidade. Nesse sentido ter-se-ia normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, em geral dependentes de integração infraconstitucional para operarem a plenitude de seus efeitos.

A respeito dessa classificação, disserta Luís Roberto Barroso que

De acordo com essa formulação, normas de eficácia plena são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata e independem de providência normativa ulterior para sua aplicação. Normas de eficácia contida são as que receberam, igualmente, normatividade suficiente para reger os interesses de que cogitam, mas prevêm meios

¹⁴⁷ LIMA NETO, Arnor. op. cit. p. 53

normativos (leis, conceitos genéricos, etc.) que lhes podem reduzir a eficácia e aplicabilidade. Por último, normas de eficácia limitada são as que não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação integral imediata, estando reservada ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação das matérias nelas traçadas em princípio ou esquema¹⁴⁹.

Assim, é norma de eficácia plena o disposto no art. 7º, inciso XVII, da Constituição Federal, que garante aos trabalhadores o gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal, eis que tal direito não depende de qualquer regulamentação infraconstitucional para que possa incidir imediatamente e produzir todos os seus efeitos. Por outro lado, tem-se norma de eficácia contida, por exemplo, no art. 5º, XIII, da Constituição Federal, que confere a todos o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações exigidas em lei. Nesse caso, a norma possui plena aplicabilidade e eficácia, mas a liberdade de escolha e exercício da profissão que nela está contida pode ser limitada pela lei infraconstitucional que venha a estipular as condições para o seu pleno exercício. Por sua vez, o art. 7º, XXIII é uma típica norma de eficácia limitada, posto que garante aos trabalhadores o pagamento de adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei, isto é, os adicionais em tela (seu valor, requisitos para concessão, condições de exigibilidade) dependem de norma infraconstitucional para que possam ser invocados como direito dos trabalhadores. Prova disso é que, enquanto os adicionais de periculosidade e insalubridade já possuem regulamentação, fazendo jus os trabalhadores ao seu pagamento, não há ainda previsão legal conferindo a todos os trabalhadores celetistas o direito ao adicional de penosidade, que permanece como mera previsão constitucional ainda não regulamentada.

Embora a impressão inicial possa indicar no sentido de que as normas constitucionais de eficácia limitada não produzem qualquer efeito enquanto não sobrevier sua regulamentação por lei infraconstitucional, a doutrina rejeita semelhante idéia.

Celso Ribeiro Bastos, citando Joaquim Gomes Canotilho, destaca que

a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente:

- 1) vinculação do legislador de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional)

¹⁴⁸ MAGANO, Octavio Bueno. **Política do trabalho**. São Paulo: LTr, 1992. p. 23/24

¹⁴⁹ BARROSO, Luís Alberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. São Paulo: Renovar, 2006. p. 87/88

- 2) Como diretivas materiais permanente, elas vincular positivamente todas os órgãos concretizadores, devendo este tomá-las em considerações em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição)
- 3) Como limites negativos, justificam a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos atos que as contrariam¹⁵⁰.

Do ponto de vista jurídico, portanto, mesmo as normas de eficácia limitada possuem uma efetividade que não pode lhes ser subtraída, seja no sentido de assinalar a inconstitucionalidade de disposições que contrariem a norma limitada da Constituição Federal, seja auxiliando na interpretação e aplicação do direito, de forma a concretizar, na medida do possível, o comando constitucional.

Para vários pensadores, o dispositivo contido no art. 7º, I, poderia ser interpretado como uma norma constitucional de eficácia contida, de forma a lhe conferir a maior efetividade e aplicabilidade possível. Nesse sentido a opinião de Maurício Godinho Delgado, para quem:

o preceito contido no inciso I do art. 7. em análise pode ser tido como regra de eficácia contida, produzindo, pelo menos, certo efeito jurídico básico, que seria o de invalidar dispensas fundadas no simples exercício potestativo da vontade empresarial, sem um mínimo de justificativa socioeconômica ou técnica ou até mesmo pessoal em face do trabalhador envolvido¹⁵¹.

Compartilha em grande parte de tal opinião José Afonso da Silva, ao asseverar que

Temos para nós que a garantia de emprego é um direito, por si bastante, nos termos da Constituição, ou seja, a norma do art. 7º, I, é por si só suficiente para gerar o direito nela previsto. Em termos técnicos, é de aplicabilidade imediata, de sorte que a lei complementar apenas virá determinar os limites dessa aplicabilidade, com a definição dos elementos (despedida arbitrária e sem justa causa) que delimitem sua eficácia, inclusive pela possível conversão em indenização compensatória da garantia da relação de emprego. Indenização não é garantia de relação de emprego. Como se vê do texto, é uma medida compensatória da perda do emprego¹⁵².

A despeito das abalizadas opiniões em prol da aplicabilidade e plena eficácia da

¹⁵⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit. p. 130

¹⁵¹ DELGADO, Maurício Godinho. op. cit. p. 1240/1241

¹⁵² SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 289

norma insculpida no art. 7º, I, da Constituição Federal, é muito difícil sustentar tal tese em razão da literalidade da norma constitucional.

A referência entre vírgulas dos “termos da lei complementar”, logo após a menção à “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, deixa claro que os “termos da lei complementar” é que definirão o que se considera uma despedida arbitrária ou sem justa causa, assim como definirão os contornos da proteção à relação de emprego. Não é possível concordar com a tese de que a lei complementar a que se refere o dispositivo constitucional serviria tão-somente para fixar a indenização compensatória, dentre outros direitos¹⁵³. Essa referência ao final do dispositivo trata-se de mera exemplificação de um dos direitos a que faz jus o empregado em função da proteção que é conferida à relação de trabalho, mas sob hipótese alguma permite a conclusão de que a lei complementar a que se refere o artigo servirá tão-somente para definir o valor de tal indenização, ou quais seriam os outros direitos.

De fato, a questão aqui é de pura interpretação gramatical. Os “termos da lei complementar” aparecem no texto como explicativo da parte “relação de emprego protegida”, enquanto a indenização compensatória e outros direitos são explicativos dos “termos da lei complementar”. De forma mais clara, seria possível redigir o mesmo texto da seguinte forma: “relação de emprego protegida contra dispensa arbitrária ou sem justa causa **que será regulamentada** nos termos de lei complementar **a qual** preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

Não se ignora, como se verá no capítulo a seguir, que o direito brasileiro já comporta a possibilidade de distinção entre as noções de dispensa arbitrária e dispensa sem justa, mas isso não significa que a lei complementar não possa versa a respeito do tema, inclusive dispensado tratamento jurídico diferenciado para ambas as hipóteses de dispensa, seja mediante conseqüências diversas, variando o valor da indenização compensatória, ou mesmo restringindo o direito potestativo do empregador em uma ou outra hipótese.

A norma constitucional em exame não se diferencia, nesse sentido, de outros dispositivos constitucionais de natureza limitada insculpidos no art. 7º, da Constituição

Federal, como ocorre com a participação nos lucros ou resultados (inciso XI), com o salário-família (inciso XII), com a licença-paternidade (inciso XIX), com a proteção do trabalho da mulher (inciso XX), do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (inciso XXI), dos já mencionados adicionais de adicional de penosidade, insalubridade ou periculosidade (inciso XXIII) e da proteção à automação (inciso XXVII). Todos estes dispositivos tem em comum o fato de compartilharem a necessidade de lei infraconstitucional que lhes confirmam a plena efetividade, sendo certo que, no que diz respeito à proteção à relação de emprego, tal exigência é ainda agravada pelo fato de se tratar de lei complementar a que se refere a norma, de aprovação, portanto, mais complexa¹⁵⁴.

A verdade, entretanto, é que, se por um lado a Constituição Federal, ao referir-se à relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa deflagrou um processo que deveria conduzir à garantia do emprego¹⁵⁵, por outro, não é menos certo que o processo em questão praticamente não evoluiu desde o advento da nova Carta Magna, valendo notar que desde então ainda não adveio a norma complementar a que faz alusão o dispositivo constitucional.

É verdade que essa mora legislativa poderia ser sanada não apenas pela via legislativa, podendo os sujeitos legitimamente admitidos ingressar com a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103 da Constituição Federal), ou mesmo ingressar com mandado de injunção a que alude o art. 5º, LXXI, da Constituição Federal, em virtude da ausência da norma regulamentar mencionada no art.

¹⁵³ É o entendimento, por exemplo, de Octavio Bueno Magano e Estevão Mallet, para quem “a lei complementar não deverá surgir para tornar exequíveis os conceitos de despedida arbitrária ou sem justa causa, mas tão-somente a fim de regular a indenização compensatória, no caso de a rescisão contratual verifica-se sem observância das limitações constitucionais”. MAGANO, Octavio Bueno; MALLETT, Estevão. op. cit. p. 63. Ainda em outra obra, Magano reitera seu pensamento no sentido de que “lei complementar não deverá surgir para tornar exequível os conceitos de despedida arbitrária ou sem justa causa, mas tão-somente a fim de regular a indenização compensatória, no caso de a rescisão contratual verificar-se sem observância das limitações constitucionais”. MAGANO, Octavio, op. cit. p. 24/25

¹⁵⁴ Não se pode concordar, assim, com a tese de José Alberto Couto Maciel, para quem “Independentemente de qualquer outra análise, nada impede que uma lei ordinária, no país, regulamente o princípio constitucional da garantia no emprego, mesmo que exista orientação direcionada para que lei complementar regulamente uma indenização compensatória, pois ambos os direitos são compatíveis...” MACIEL, José Alberto Couto. op. cit. p. 315. Semelhante posição só se justifica a partir da premissa, já rejeitada, de que a norma constitucional demanda lei complementar apenas para a previsão da indenização compensatória, e não para regulamentação da proteção da relação de emprego de forma geral. Tal circunstância não impede, como já se viu anteriormente, que a legislação ordinária estabeleça determinadas formas de garantia temporária no emprego, em razão de circunstâncias especiais do trabalhador ou da empresa. Não obstante, a disciplina da proteção de emprego em geral, assim como o tratamento da dispensa arbitrária ou sem justa causa e demais direitos devem ser, necessariamente, submetidos à aprovação da lei complementar a que faz alusão a norma constitucional.

¹⁵⁵ ROMITA, Arion Sayão. op. cit. p. 430

7º, I, inviabilizando o direito à proteção da relação de emprego contra a despedida.

Entretanto, a eficácia da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, do ponto de vista político ou jurídico, é bastante reduzida. Versando a respeito dos problemas relacionados aos efeitos da decisão, explica André Ramos Tavares que

Declarada a omissão inconstitucional, é dada ciência ao órgão competente, para que adote as providências necessárias. Mas não há qualquer previsão de efeitos políticos ao lado dos jurídicos pelo descumprimento de tal notificação, como seria de se desejar. Apenas se pode pensar aqui numa responsabilidade do Estado, nos termos em que vem declarada no § 6º do art. 37¹⁵⁶.

Uma alternativa à ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão seria a utilização do mandado de injunção, para obter concretamente a regulamentação faltante na constituição federal. Segundo Alexandre de Moraes:

A definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta duas conseqüências imediatas: subordinação à regra da auto-aplicabilidade prevista no § 1.º, do art. 5.º e suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção, sempre que houver a omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social e, conseqüentemente, inviabilize seu exercício¹⁵⁷.

Tratando desta ação constitucional, leciona Amanda Pauline Dala Barba que:

cada pessoa pode entrar com um mandado de injunção sempre que sentir que teve um direito seu lesionado que deveria ter sido resguardado pela Constituição. Assim, o mandado de injunção pretende conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora dos direitos e prerrogativas que o impetrante reclama, norma inerte em virtude da ausência de regulamentação... O conteúdo da decisão será a outorga do direito reclamado, mas isso se dará somente ao impetrante, não se estendendo a pessoas que estejam passando pela mesma situação que ele...¹⁵⁸

Embora o mandado de injunção não represente uma forma de regulamentar o art. 7º, I, da Constituição Federal, ao menos apresentaria uma alternativa para que o

¹⁵⁶ TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. p. 139

¹⁵⁷ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 178

¹⁵⁸ DALA BARBA, Amanda Pauline. **A força normativa dos princípios na constituição de 1988: um estudo através da argüição de descumprimento de preceito fundamental**. 2005. Monografia (graduação em direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba. p. 38

trabalhador prejudicado pela ausência da disciplina legal pudesse obter a eficácia apropriada à norma constitucional. Entretanto, mesmo essa via encontra-se fechada eis que, ao apreciar mandados de injunção com conteúdo semelhante (14-SP e 278-MG) o Supremo Tribunal Federal entendeu que não havia omissão a ser sanada, já que a norma já estaria provisoriamente regulamentada por força do disposto no art. 10, I, dos ADCT. Semelhante decisão, embora passível de crítica, eis que poder-se-ia afirmar que o dispositivo em questão meramente regula a indenização mencionada no artigo 7º, I, e esta não se confunde com a proteção da relação de emprego, conforme visto anteriormente, não se pode negar que tais decisões sinalizam fortemente a posição do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria, fechando a porta para a obtenção da disciplina da matéria pela via de mandado de injunção.

Tendo isso em conta, é difícil escapar da conclusão de que a única forma de conferir efetividade ao dispositivo constitucional em tela é a de realmente discipliná-lo mediante a lei complementar a que faz alusão o texto, razão pela qual se torna necessário, ao menos, estabelecer os parâmetros e conteúdo de uma possível legislação que venha a tratar a respeito da proteção da relação de emprego contra a despedida.

4.3.3 Dispensa sem justa causa e dispensa não-arbitrária

O primeiro elemento que salta aos olhos ao se versar a respeito do tratamento a ser conferido ao art. 7º, I, é o fato de que a norma faz alusão à proteção contra a despedida sem justa causa e contra a dispensa não-arbitrária, o que permite, partindo do pressuposto básico de que a lei não contém expressões inúteis, que se tratam de dois institutos diferentes. Levando isso em conta, destaca Roland Hasson que:

o antônimo da despedida arbitrária seria a despedida não arbitrária, que não guarda correlação de sinonímia com a despedida com justa causa (que seria o antônimo da despedida sem justa causa). A despedida com justa causa e a despedida arbitrária possuem definição legal expressa, o que costuma facilitar as coisas para o intérprete do direito se a técnica legislativa é apurada¹⁵⁹.

Anteriormente já se assinalaram as diversas formas que podem gerar a extinção do contrato de trabalho do empregado, sendo certo que, com relação às terminações contratuais por iniciativa do empregador, salientou-se que as mesmas poderiam ocorrer

¹⁵⁹ HASSON, Roland. op. cit. p. 41

por justa causa ou sem justa causa, sendo certo que, nesta última hipótese, ela ainda poderia revelar o exercício abusivo do direito potestativo de despedida que a lei em vigor até o momento confere ao empregador.

Com base nessa distinção tradicional, e que vigora até o presente momento, é possível entender que existe uma relação direta de antinomia entre a dispensa sem justa causa e a dispensa por justa causa. Levando-se em consideração que a dispensa por justa causa envolve a prática de atos por parte do trabalhador que violam as previsões legais, todas elas vinculadas ao comportamento do trabalhador, é justo entender que a dispensa por justa causa ocorre em função de violação à condutas disciplinares por parte do trabalhador¹⁶⁰.

A despedida arbitrária não se trata propriamente uma novidade na legislação brasileira e é geralmente identificada como sendo aquela que não possui fundamentos técnicos, econômicos ou financeiros, estabelecendo um paralelo, nesse sentido, com a despedida arbitrária a que se refere o art. 165, da CLT, quando versa a respeito das hipóteses de dispensa do trabalhador beneficiado pela estabilidade provisória como representante na CIPA¹⁶¹.

É verdade que o art. 165, da CLT, menciona como despedida arbitrária aquela fundada em razões disciplinares, o que, via de regra, é melhor utilizado quando se refere à dispensas por justa causa, mas isso não impediu que a doutrina adotasse as demais razões para identificar a dispensa arbitrária¹⁶².

¹⁶⁰ Diferenciação que poderia ser utilizada no Brasil como norte para separa as duas figuras é adotada pela doutrina italiana, que diferencia a figura da dispensa por justa causa, daquela por “justificado motivo subjetivo” e de uma terceira, denominada de “justificado motivo objetivo”. A esse respeito, ensina Giovanni Nicolini que “ascritti la giusta causa e il giustificato motivo soggettivo nell’area degli inadempimenti del lavoratore, il criterio tra l’una e l’altro è forzatamente quantitativo: ‘la giusta causa è un giustificato motivo particolarmente caratterizzato dal fatto che, per la sua entità e gravità rende impreseguibile anche provvisoriamente il rapporto: è un plus rispetto alla situazione base determinante e giustificante.

In definitiva, pondendosi tra la giusta causa e il giustificato motivo soggettivo una differenza quantitativa deve, necessariamente, concludersi che la giusta causa è correlata ad uno specifico inadempimento del lavoratore, coincidente con una mancanza nella quale è implícita la colpa grave o il dolo; il giustificato motivo, di portata meno grave, si sostanzia nell’inadempimento che, por essendo colpevole, non assume la caratteristiche di gravità proprie della giusta causa.” Por sua vez, o justificado motivo objetivo diz respeito às razões inerentes à própria atividade da empresa, o que, grosso modo, pode ser identificado na noção pátria de motivos de ordem técnica, econômica ou financeira da empresa. cf. NICOLINI, Giovanni. **Manuali di diritto del lavoro**. 2. ed. Milano: Giufrè, 1996. p. 491 e 500

¹⁶¹ v. BARROS, Alice Monteiro. op. cit. p. 920

¹⁶² Não se pode negar, contudo, que mesmo tais hipóteses legais carecem da amplitude ou da precisão necessária para abranger todas as possibilidades que podem levar ao término de um contrato de trabalho, enquanto também comportam outras que podem ser enquadradas em mais de uma categoria. Jean Claude-Javillier, por exemplo, ao versar sobre as causas admitidas na França para rescisão contratual, destaca que:

Com base neste fator, salienta Carolina Kosma Krieger que

não há dúvida de que os conceitos de dispensa arbitrária e sem justa causa não se confundem. A justa causa se refere à conduta do empregado como ato faltoso grave que autoriza o empregador a rescindir o contrato de trabalho. Já a despedida arbitrária é a que não se funda em motivo econômico, técnico ou financeiro¹⁶³.

É também a opinião de Octavio Bueno Magano e Estêvão Mallet, ao assinalarem que

quando o constituinte alude à justa causa, quer significar quebra de padrão esperado de conduta do empregado. Quando se refere à despedida arbitrária, quer dizer atuação do empregador não amparada em razão objetiva, de ordem técnica, econômica ou financeira¹⁶⁴.

Carmen Camino utiliza-se de denominação diferenciada, alcunhando de razões intrínsecas ao contrato de trabalho a dispensa por justa causa, e de razões extrínsecas aquelas relacionadas a motivos de ordem técnica, econômica ou financeira¹⁶⁵. Apesar da diferença terminológica, a diferenciação quanto ao fato gerador permanece a mesma.

De qualquer sorte, é inegável que a garantia de emprego referida pela Constituição Federal discrepa de forma significativa do direito à estabilidade permanente que existia no Brasil até sua extinção pelo regime fundiário. Nada impede, como se verá mais à frente, que a lei complementar venha a instituir um regime de estabilidade como o até então existente, mas não é a essa forma de garantia de emprego a que faz alusão o art. 7º, I, da Constituição Federal. Como ressalta José Alberto Couto

“são consideradas causa real e séria as faltas profissionais, tal como repetidas ausências, atitudes incorretas com respeito aos superiores ou aos clientes, indelicadeza...”

O empregador pode também alegar a inaptidão ou a insuficiência profissional do assalariado. No entanto, a jurisprudência, em função de seu caráter transformador, tenta conciliar a teoria do “empregador (único) juiz” da aptidão profissional do assalariado com a exigência de uma causa real e séria. Mas, de forma bastante contestável com relação ao caráter objetivo de que deveria estar revestida qualquer causa de dispensa, o empregador pode invocar a “perda de confiança”. JAVILLIER, Jean-Claude. op. cit. p. 109

¹⁶³ KRIEGER, Carolina Kosma. op. cit. p. 222

¹⁶⁴ MAGANO, Octavio Bueno; MALLET, Estêvão. op. cit. p. 65

¹⁶⁵ “O inciso I do art. 7º, da CF/88 protege a relação de emprego contra a denúncia aleatória, entendendo-se como tal a que não se funda em razões disciplinares, intrínsecas à relação contratual (as justas causas) ou em razões extrínsecas justificadoras do rompimento do contrato, em geral decorrentes de motivos técnicos, econômicos ou financeiros.” CAMINO, Carmen. op. cit. p. 525

Contrário sensu, ensejando-se justa causa do emprego ou motivos de natureza técnica, econômica ou financeira de relevância suficiente para motivar o despedida, este não se revestirá de aleatoriedade e será admitido como válido e eficaz

Maciel:

Creio que o que está em vigor no novo texto constitucional é a garantia no emprego, a qual, condizente com as legislações sociais mais avançadas, garante ao trabalhador o direito de continuidade do vínculo empregatício, proibindo a despedida arbitrária ou sem justa causa, mas, ao contrário de estabilidade decenal, admitindo-a nas causas justas e objetivas, por decisões motivadas pelo empregador, sendo, pois, viável a dispensa mediante controle judicial de seus fundamentos¹⁶⁶.

Rigorosamente falando, portanto, à proteção à relação de emprego a que alude a norma constitucional não implica o retorno à estabilidade em vigor no Brasil até a Constituição de 1988, tampouco a limitação do direito de dispensa por ato do empregador apenas às hipóteses de justa causa previstas legalmente. Interpretada em sentido contrário à proibição, a Constituição sinaliza no sentido de que a lei complementar autorizará a dispensa toda a vez que ela tiver por fundamento a prática de uma falta grave pelo empregador, ou quando se basear em motivos de ordem técnica, econômica ou financeira da empresa.

Nesse sentido, assinala Celso Bastos que:

É arbitrária a despedida não antecedida de razões ponderáveis para que ela se dê. É fruto, pois, do capricho, do humor, ou mesmo do propósito deliberado de causar um malefício ao empregado, aí podendo se incluir também a chamada despedida obstativa, qual seja, aquela que visa a impedir que o empregado adquira determinado direito¹⁶⁷.

A idéia, portanto, não é a de limitar a possibilidade de extinção do contrato de trabalho por iniciativa do empregador apenas às hipóteses de dispensa por justa causa, o que atentaria inclusive quanto ao caráter econômico do empreendimento¹⁶⁸, mas demandar que haja ao menos uma motivação do ato de dispensa, que permita o seu

¹⁶⁶ MACIEL, José Alberto Couto. op. cit. p. 312

¹⁶⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit. p. 413

¹⁶⁸ A esse respeito, sublinha Carlos Alberto Gomes Chiarelli que “não pode haver despedida injustas. Também não se pode obrigar a manter empregos desnecessários ou prejudiciais à manutenção da empresa, e dos demais empregos que, para existirem, dependem do êxito do empreendimento”. CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. op. cit. p. 20. Também é o alerta de Cabanellas, para quem “el derecho al trabajo, amparado por el Estado, no puede ejercerse eliminando outro derecho, de valor por lo menos igual, que es el de propiedad del empresario sobre sus propios bienes. El Estado puede limitar la facultad del empresario de ponerle término al contrato de trabajo; pero lo que no puede hacer, de manera alguna, es eliminar esa facultad. Eso equivaldría a imponer el deber público de producir incluso frente a la voluntad más opuesta a ello y hasta arrojando pérdidas insostenibles. Sería, en casos extremos, legalizar la condena a la ruína”. CABANELLAS, Guillermo. op. cit. p. 589

controle judicial, isto é, o questionamento da motivação por parte do trabalhador por meio do exercício do direito de ação, sendo reputados válidos os motivos que tiverem fundamento em razões técnicas, econômicas ou financeiras.

Exemplificando uma hipótese de dispensa calcada em razões técnicas, destaca Octavio Bueno Magano que

se o empregador modernizar o seu equipamento produtivo, contribuindo, assim, para o aumento da riqueza nacional, e, portanto, para o bem comum, será socialmente justificável que possa despedir empregados tornados ociosos¹⁶⁹.

E de fato, destacando a compatibilidade de tal previsão com os ditames econômicos que a globalização econômica impõe, assevera José Soares Filho que

ao mesmo tempo em que a proteção da segurança tende a limitar a perda dos empregos devida às demissões injustificadas e a moderar a redução de efeitos por razões econômicas, autoriza as empresas a efetuar demissões por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, ensejando a elas uma adaptação rápida às mudanças produzidas na área econômica, em escala nacional e internacional. Tal medida, por conseguinte, não obsta à eficácia produtiva nem à capacidade de inovação, pois se tratar de uma proteção mínima necessária para todos os trabalhadores, aplicável de modo flexível de acordo com as circunstâncias, sendo, em geral, um fator de estímulo ao aumento da produtividade¹⁷⁰.

O objetivo da legislação, aqui, é cercear, sim, a extinção dos contratos de trabalho de forma imotivada, isto é, sem que se dê ao trabalhador qualquer satisfação a respeito da razão pela qual se está operando a extinção do seu contrato de trabalho. Esta necessidade de motivação pode ser fundamentada por razões de mera política pública de emprego, ou até em função puramente jurídica da previsão constitucional, mas não há dúvida de que o substrato dela encontra-se na proteção à dignidade do trabalhador, de não se ver descartado da sua profissão sem que o empregador ao menos se digne a lhe expor as razões do ato de extinção contratual¹⁷¹. Aliás, ressaltando tal primado ético, afirma Ernesto Krotoschin que:

¹⁶⁹ MAGANO, Octavio Bueno. op. cit. p. 21

¹⁷⁰ SOARES FILHO, José. op. cit. p. 233

¹⁷¹ Para Leonardo Viera Wandelli: “Trata-se, numa palavra, de afastar a mera descartabilidade da pessoa do trabalhador, num regime de desemprego estrutural, mediante a singela exigência de que o empregado demonstre a razão da despedida”. WANDELLI, Leonardo Vieira. op. cit. p. 327. Carolina Ksoma Krieger também compartilha da idéia de que o escopo final é de caráter fundamentalmente ético. v. KRIEGER, Carolina Kosma. op. cit. p. 231

La indicación de la causa del despido – que es indispensable, desde luego, en los despidos por justa causa – no es requisito de la eficacia en los despidos con preaviso, aunque los deberes de lealtad mutua y el principio de la buena fé que también rige respecto de la extinción del contrato (L.C.T, art. 63), puedan exigir la expresión del motivo¹⁷².

É verdade que a noção de despedida imotivada é bastante criticada na doutrina. Arion Sayão Romita, por exemplo, entendo que a própria expressão é errônea, já que, a princípio, o empregador sempre sabe a razão pela qual dispensa o empregado¹⁷³. Compartilha dessa posição José Martins Catharino, ao salientar que

Toda e qualquer despedida, mesmo “*ad nutum*”, tem um motivo, cujo conceito é simplesmente subjetivo. Algo, seja o que for, impulsiona a prática do ato. Se a lei assegura ao empregador o direito potestativo de despedir, na fase pré-declaratória da denúncia, há de existir, sempre, uma “causa” verdadeira, por mais arbitrária que seja¹⁷⁴.

Contudo, o fato de existir uma razão pela qual o empregador toma a iniciativa de extinguir o contrato de trabalho, tal circunstância não significa que tais motivos sejam razoáveis ou legítimos em face do princípio elementar de proteção da dignidade do trabalhador. Catharino com propriedade já lembrara que tais ponderações subjetivas podem, no mais das vezes, meramente esconder razões puramente arbitrarias para a rescisão contratual. Consoante bem nota Amauri Mascaro Nascimento:

É mais comum do que se possa imaginar a dispensa do trabalhador por meras reações subjetivas de chefes, encarregados ou por tramas armadas pelo pessoal da vigilância. Às vezes a empregada é despedida porque está grávida. Há casos de dispensa de empregador porque exercem atividades sindicais. A prova está na crescente elaboração legislativa que veda a rescisão contratual pelo empregador em razão da gravidez, do desempenho de funções sindicais, etc...¹⁷⁵

Manifestando semelhante preocupação, leciona Krotoschin que

¹⁷² KROTOSCHIN, Ernesto. op. cit. p. 153

¹⁷³ ROMITA, Arion Sayão. op. cit. p. 431. Todavia, o próprio autor admite que a necessidade de motivação expressa do ato represente uma evolução “pelo sentido de eliminar o subjetivismo, antes reconhecido em favor do empresário, para, em seu lugar, proclamar a necessidade de critérios objetivos, privilegiando a funcionalização do exercício da faculdade resilitória patronal”. ROMITA, Arion Sayão. op. cit. p. 464

¹⁷⁴ CATHARINO, José Martins. op. cit. p. 39

¹⁷⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. op. cit. p. 58

Se descartan totalmente ciertas situaciones como posibles causales de despido, como el matrimonio o el embarazo o, en outro orden de ideas, el ejercicio legítimo de derechos sindicales. El despido se concibe, no como medida librada al arbitrio de las partes, sino como una medida de orden funcional, consistente em dar término al contrato cuando causas imperativas lo exijan o justifiquen¹⁷⁶.

Tal observação pode levar a crer que o escopo da norma constitucional seria exclusivamente o de evitar aquilo que antes se examinou como dispensa abusiva. Contudo, as duas noções não se confundem. Na dispensa abusiva o empregador na verdade abusa de um direito que lhe é regularmente conferido pela legislação. Trata-se, assim, de uso indevido de um direito que lhe é reconhecido. Já na hipótese de dispensa não-arbitrária, o que existe é um cerceamento das hipóteses em que o empregador pode validamente extinguir o contrato de trabalho por iniciativa própria. É bastante pertinente, assim, a explicação de Leonardo Vieira Wandelli quando assinala que, nesse caso

tem-se uma exceção à regra permissiva da despedida, seja restringindo o seu âmbito, seja sustando a própria capacidade conformativa negativa do empregador, transferindo-a para o ato judicial. Quando o empregado violar essas limitações, não abusa de seu direito, mas, simplesmente, age, fora do âmbito semântico da regra permissiva. 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 conduta¹⁷⁷.

Continua ainda, o mesmo autor, para explicar que:

Quando o empregador está previamente obrigado a motivar a despedida, para que ela seja válida, segundo razões legalmente tipificadas... o que ocorre é a restrição do âmbito conferido a esse direito potestativo prima facie reconhecido. A despedida é inválida quando não demonstrada a observância dessas hipóteses permissivas. Não se altera porém a estrutura do exercício do direito em sua independência da contraparte afetada¹⁷⁸.

De fato, a necessidade de motivação da dispensa não altera as características próprias do ato jurídico do empregador de tomar a iniciativa da dispensa do trabalhador.

¹⁷⁶ KROTOSCHIN, Ernesto. op. cit. p. 199

¹⁷⁷ WANDELLI, Leonardo Vieira. op. cit. p. 344

¹⁷⁸ WANDELLI, Leonardo Vieira. op. cit. p. 338

Continua sendo: 1) um ato unilateral do empregador (produzido pela simples vontade do mesmo; 2) um ato constitutivo (capaz dele próprio de desfazer a relação jurídica, não estando condicionado ou submetendo sua validade a outra instância); 3) um ato receptivo (sua eficácia depende do conhecimento do destinatário) e 4) que produz a extinção contratual, gerando seus efeitos para o futuro (diversamente, por exemplo, de uma nulidade contratual)¹⁷⁹. O que muda, aqui, é o fato de que de que enquanto a dispensa sem justa causa era incondicionada, agora a lei estabelecerá a condição para exercício do ato que seria a subsunção da motivação do ato de dispensa a um dos fundamentos admitidos (técnico, econômico ou financeiro) que legitimam a dispensa fora das hipóteses de justa causa.

O fato de a lei atual fazer uma rápida referência à despedida arbitrária, contudo, não ajuda de forma mais significativa do que a definição de seu conceito, já que a mesma é referida apenas ao tratar da dispensa do trabalhador beneficiário da estabilidade provisória no emprego como representante da CIPA. Não há, na legislação em vigor, qualquer tratamento diferenciado para a extinção do contrato de trabalho com base em fundamentos técnicos, econômicos ou financeiros da cessação do contrato sem justa causa por iniciativa do empregador. Em ambos os casos as seqüelas financeiras (verbas rescisórias) são as mesmas, inexistindo punição ou benefício ao empregador que dispense conferindo uma razão à dispensa com base nos motivos anteriormente relacionados, e aquele que cessa a relação de emprego por simples exercício do direito potestativo.

Essa observação é importante porque leva a questionar as hipóteses de sanções que a lei pode firmar em virtude de eventual extinção do contrato de trabalho em desconformidade com a garantia de emprego que seria regulamentada.

4.3.4 Estabilidade própria e imprópria

Se estabilidade e garantia de emprego não dizem respeito aos mesmos institutos, não há dúvida de que, juridicamente, a estabilidade no emprego é uma das formas mais importantes de garantia que o direito do trabalho pode conferir ao empregador, razão pela qual é necessário analisar se tal direito é compatível com a garantia de emprego a que faz alusão o dispositivo constitucional.

¹⁷⁹ MELGAR, Alfredo Montoya. op. cit. p. 461/462

Conforme já se viu anteriormente, existem várias acepções para a noção do direito à estabilidade. Há quem entenda que estabilidade está vinculada necessariamente a uma restrição do direito do empregador de extinguir a relação de trabalho, limitando-o apenas às hipóteses de justa cometida pelo trabalhador. Para outros, é possível concebê-la de acordo com os efeitos que a rescisão contratual fora dos limites legais gera, como, por exemplo, a necessária reintegração no emprego.

Como ressalta Hector-Hugo Barbagelata:

A doutrina latino-americana falta de estabilidade absoluta ou de estabilidade “*stricto sensu*”, quando a lei concede os meios para garantir que a despedida não autorizada não produzirá nenhum efeito sobre os direitos do trabalhador: este poderá obter sua reintegração no serviço. Por outro lado, existe a estabilidade relativa, quando a despedida for injusta, embora não impossível e, mais precisamente, quando o empregador recalcitrante pode, apesar de tudo, conseguir seu objetivo através de pagamento de indenizações¹⁸⁰.

E de fato, essa divisão é razoavelmente predominante na doutrina latino-americana. Américo Plá Rodríguez, citando a classificação de De la Fuente, salienta que a estabilidade no emprego pode assumir duas formas: absoluta e relativa. A primeira se configura quando a violação do direito a conservar o emprego determina a ineficácia da despedida e se garante a reintegração efetiva do trabalhador. A segunda, ao contrário, se configura nos demais casos, em que existe proteção contra a despedida, porém não chega ela a assegurar a reintegração efetiva do trabalhador¹⁸¹. Idêntica divisão pode ser feita ainda que se adotando terminologia diversa. Vários autores partem dessa mesma divisão, embora denominando de estabilidade própria à estabilidade absoluta e de estabilidade imprópria à estabilidade relativa. Nesse diapasão, destaca José Soares filhos que

há que se distinguir duas hipóteses. Uma, da estabilidade rígida, ou absoluta, em que o trabalhador tem assegurada sua permanência no emprego e a violação desse direito, com a despedida, importa na ineficácia desta, assegurando-se a ele a reintegração efetiva. Trata-se de estabilidade em sentido próprio. Outra, da estabilidade relativa, ou imprópria, em que existe proteção contra a despedida, porém a vulneração do direito ao emprego não impede a eficácia do ato rescisório, embora acarreta para o empregador sanções de caráter administrativo e reparação

¹⁸⁰ BARBAGELATA, Hector-Hugo. **O direito do trabalho na América latina**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 148

¹⁸¹ RODRIGUEZ, Américo Plá. op. cit. p. 159

pecuniária (indenização), que produzem o efeito de desestimular o desfazimento injustificado da relação empregatícia¹⁸².

É basicamente a mesma postura de Mario Deveali, quando afirma que

Al lado de la verdadera estabilidad que... se propone excluir el poder discrecional del empleador en lo que se refiere a la disolución de la relación de trabajo, existen numerosas formas de estabilidad relativa, en virtud de las cuales esa facultad discrecional, si bien no está totalmente eliminada, resulta atenuada en medida más o menos intensa. Es lo que sucede cuando se dispone que en el supuesto de despido injustificado el empleador tenga que pagar una determinada indemnización. La estabilidad que se garantiza en esse caso es más o menos efectiva, según el criterio que se adopte en el cálculo de la indemnización debida al trabajador despedido sin justa causa, y según el número y naturaleza de las causales que pueden justificar el despido¹⁸³.

A questão central aqui é a de estabelecer propriamente o que se entende por estabilidade. Se a proteção à estabilidade engloba todas as iniciativas voltadas a preservar a continuidade do emprego, então não há dúvida de que mesmos quando se confere ao empregador o direito potestativo de terminar o contrato unilateralmente, mediante o pagamento de uma indenização, ter-se-ia uma hipótese de estabilidade, já que indene de dúvida que a indenização visa a desestimular a terminação dos contratos de trabalho por essa forma. Por outro lado, se estabilidade significa assegurar a continuidade da relação do contrato de trabalho, anulando as rescisões que se dêem fora das hipóteses admitidas legalmente, e garantindo a reintegração do trabalhador¹⁸⁴, então a própria noção de estabilidade imprópria pareceria uma contradição de termos.

Rigorosamente a classificação se presta para, ao menos, indicar grau diferenciados de proteção que se confere ao trabalhador no curso da relação contratual. Nesse sentido, é possível se pensar em ordenamentos que não conferem estabilidade alguma (possibilitando a extinção contratual sem qualquer espécie de sanção), aqueles

¹⁸² SOARES FILHO, José. op. cit. p. 185

¹⁸³ DEVEALI, Mario. op. cit. p. 549

que a garantem de forma imprópria¹⁸⁵ (estipulando indenizações que revertem em favor do trabalhador, ou mesmo da Administração Públicas, mas garantem a eficácia do ato rescisório) e a estabilidade própria (que não admite a extinção do contrato de trabalho fora dos permissivos legais).

Cabanellas divide as hipóteses de “estabilidade”, assim englobando tanto a estabilidade própria quanto a imprópria da seguinte maneira:

a) estabilidad absoluta, de tal manera que se impide la disolución del vínculo laboral, salvo que exista justa causa, y se impone en el caso no incorporarse el trabajador al mismo empleo o servicio que venía desempeñando antes del despido; b) la fijación de una indemnización a favor del trabajador que, al mismo tiempo que compensa los daños e perjuicios, representa una sanción contra el patrono; c) sistemas mixtos, en que si bien no se impone coercitivamente la reincorporación al empleo, se aumenta la indemnización para el caso en que la readmisión no se produzca¹⁸⁶.

Tratando da estabilidade própria, explica José Soares Filho que:

caracteriza-se a estabilidade absoluta (comum ou especial) pelo impedimento de denúncia do contrato pelo empregador, ainda que pagando indenização a título de reparação. Somente nas hipóteses, na forma e nas condições previstas na lei pode ser desfeito o pacto. Uma delas diz respeito ao cometimento de falta grave pelo empregado, em que se faculta ao empregador suspendê-lo das respectivas funções e requer a instauração, na Justiça do Trabalho, de inquérito para apuração do ilícito¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Para José Alberto Couto Maciel: “O direito à reintegração.. é ele corolário da nulidade do ato de rescisão contratual, decorrente de uma despedida arbitrária ou sem justa causa, na forma que dispõe o art. 158 do Código Civil, repondo-se as partes ao estado em que antes se achavam”. MACIEL, José Alberto Couto. op. cit. p. 323. De fato, a não ser que haja disposição expressa em sentido contrário, não teria sentido falar-se em nulidade do ato rescisório, mas conservar seus efeitos, embora o direito do trabalho conheça mais de uma hipótese de contratos nulos em que se conservam, ao menos parcialmente, seus efeitos. Não obstante, é plenamente possível que a legislação estabeleça como alternativa à reintegração do trabalhador no emprego o pagamento de uma indenização, sem que isso signifique que o ato rescisório não fora nulo. A questão é saber se a legislação trata essa obrigação como fungível ou infungível.

¹⁸⁵ Não se pode ignorar, entretanto, o profundo ceticismo de José Marthins Catharino quanto à capacidade de dissuasão da extinção contratual mediante indenização, ao observar que: “a indenização, de conceituação difícil, resulta da cessação da relação de emprego. Em certos casos, até encoraja as despedidas caprichosas ou fúteis, de natureza abstrata, justamente as coibidas pelas limitações próprias e verdadeiras. Em qualquer hipótese, a “indenização” não afeta o livre exercício do direito reconhecido ao empregador”. CATHARINO, José Martins. op. cit. p. 56

¹⁸⁶ CABANELLAS, Guillermo. op. cit. p. 588

¹⁸⁷ SOARES FILHO, José. op. cit. p. 272. A referência à necessidade de ajuizamento de inquérito perante à Justiça do Trabalho apresentando uma evidente deferência ao regime de estabilidade que vigorou no Brasil do que propriamente uma característica necessária desse regime. Nada impede que haja estabilidade com direito à reintegração condicionado ao questionamento judicial “*a posteriori*” da rescisão contratual, por iniciativa do empregado, e não apenas “*a priori*” com vistas a obter autorização ou sentença desconstitutiva da relação de emprego.

Destaca Américo Plá Rodriguez que nas hipótese de estabilidade imprópria

a legislação trabalhista introduz duas importantes modificações no regime geral de inadimplemento das obrigações: 1) eliminar o direito que se dá a todo credor de exigir o cumprimento específico, isto é, não garante a subsistência do contrato, admitindo a eficácia do ato rescisório; 2) na grande maioria dos casos, quando de impõe ao devedor uma sanção de ressarcimento este não responderá pelos danos efetivamente sofridos mas pelos legalmente tarifados, o que leva geralmente à existência de certos limites¹⁸⁸.

De fato, a indenização trabalhista em virtude da rescisão contratual não se trata propriamente de uma resolução em perdas e danos do direito à reintegração. Fosse essa hipótese então o valor da indenização deveria ser calculada levando-se em considerações os danos emergentes e os lucros cessantes que fossem apurados em cada caso. Contudo, o que a legislação via de regra estabelece é uma indenização tarifada, seja ela correspondente a 40% dos depósitos do FGTS, por exemplo, ou equivalente a um mês de salário por ano de labor.

Na verdade, a existência dessa tarifação legal por si só já basta para sinalizar no sentido de que a legislação que a adota não reputa nula a rescisão contratual por iniciativa do empregador, ainda que sem justa causa, mas meramente atribui um agravante econômico a esse procedimento. A esse respeito, bem destaca Carlos Alberto Gomes Chiarelli que

indeniza-se, no caso, não como punição por ato delituoso, por ocorrência de culpa de quem determina a rescisão, por conduta ilícita ou por “unfair practice” como tão bem exprimem os norte-americanos, mas pelo dano que a falta de emprego ensejará¹⁸⁹.

¹⁸⁸ RODRIGUEZ, Américo Plá. op. cit. p. 166

¹⁸⁹ CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. op. cit. p. 31. Verdade que essa opinião não é unânime. Renato Rua Almeida, por exemplo, reputa que a indenização visa sim, a reparar um ato ilícito, ao asseverar que “na verdade o regime geral brasileiro da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa, em seu texto constitucional, não consagrou a teoria da nulidade, que resulta na estabilidade geral no emprego, tendo a reintegração no emprego como consequência jurídica por excelência, mas previu simplesmente uma ilicitude do empregador pela prática da despedida individual sem justa causa, ao ensejar ao empregado o dano da perda de emprego, e a consequente obrigação de repará-lo com o pagamento de uma indenização compensatória a ser regulamentada pela legislação complementar.” ALMEIDA, Renato Rua. op. cit. p. 339. A posição deste autor, entretanto, parece estar balizada em torno da existência da indenização, o que pressuporia o dano e o ato ilícito. O dano existe, sem dúvida, mas a indenização parece se justificar muito mais pela situação jurídica em que o ato ilícito do empregador coloca o trabalhador do que na sua fixação como ato ilícito.

Não há dúvida de que no Brasil vigora, a título de proteção da continuidade da relação de emprego, tão-somente a indenização tarifada prevista constitucionalmente. O aviso prévio está vinculado à rescisão contratual mas sua concessão não constitui uma sanção pelo término da relação de trabalho, mas meramente uma condição que deve ser cumprida de forma a se evitar o seu pagamento de forma indenizada¹⁹⁰. Além disso, o aviso prévio é devido tanto pelo empregador, quando toma a iniciativa de dispensar o empregado sem justa causa, quanto pelo empregado, quando optar por tomar a iniciativa da cessação da relação de trabalho sem que o empregador tenha praticado qualquer falta grave capaz de ensejar a rescisão indireta.

A questão a saber, contudo, é se a interpretação que se pode conferir ao disposto no art. 7º, I, autoriza o entendimento de que o ordenamento jurídico brasileiro abriga a estabilidade própria no emprego, isto é, a possibilidade de reintegração do emprego quando a cessação da relação de trabalho ocorrer fora das hipóteses admitidas, ou apenas a indenização como sanção pelo descumprimento dos limites legais.

Nesse tópico, as opiniões se dividem fortemente. Versando sobre o tema, indaga Celso Ribeiro Bastos:

pode a lei criar outras hipóteses de estabilidade? A resposta é negativa. Embora seja princípio aceito que os direitos sociais, assim como os individuais, elencados na Constituição, não eliminam a definição de outros, no caso presente, contudo, a Constituição exauriu integralmente a matéria, não contemplando a estabilidade, mas conferindo-lhe um direito substituto... Qualquer lei que, por via subconstitucional, procure introduzir a estabilidade, estará agredindo o direito de dispensa assegurado pela Constituição ao empregador¹⁹¹.

No mesmo sentido a opinião de Octavio Bueno Magano, para quem:

o que se depreende do... (art. 7º, I)... é que a indenização deverá ser a sanção por excelência para as despedidas arbitrárias ou sem justa causa... Não se acolheu, portanto, na Constituição, a idéia de estabilidade desde a admissão no emprego¹⁹².

E é também este o posicionamento de Arion Sayão Romita, ao destacar que:

¹⁹⁰ Vale notar, entretanto, que para Mario Deveali a indenização decorrente da extinção do contrato de trabalho por iniciativa do empregador tratar-se-ia de um “apêndice” à finalidade do aviso prévio, isto é, consistiria em uma determinada importância pecuniária voltada a garantir o período de transição do empregado entre duas colocações no mercado de trabalho. cf. DEVEALI, Mario. op. cit. p. 621

¹⁹¹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. op. cit. p. 414

¹⁹² MAGANO, Octavio Bueno. op. cit. p. 21

A lei complementar que vier a regular o preceito constitucional sancionará a despedida arbitrária ou sem justa causa com indenização compensatória, além de outros direitos. Entre esses “outros direitos”, não poderá ser contemplada a reintegração, medida que exclui o pagamento de indenização

...

A desejável reintegração só seria viável se, mediante revisão do texto constitucional, fosse consagrado o princípio da despedida sob controle, em qualquer de suas formas: por causa justificada, por motivo socialmente justificado, etc¹⁹³.

A despeito de tais abalizadas opiniões, não parece ser esta a melhor, ou ao menos, a mais exaustiva interpretação do art. 7º, I, da Constituição Federal. Quando a norma convencional assevera que a lei complementar preverá o pagamento de uma indenização, em momento algum ela permite a interpretação de que essa será a única forma de sanção à extinção dos contratos de trabalho mediante dispensa sem justa causa ou arbitrária. Diversamente do entendimento assinalado, não há porque entender que reintegração e indenização sejam direitos inconciliáveis. Nada impede, por exemplo, que a lei confira ao trabalhador a possibilidade de optar entre a reintegração no emprego e o pagamento da indenização prevista em lei. Ou ainda, o que é mais provável, que a indenização seja aplicada apenas aos casos em que a dispensa ocorrer de forma não arbitrária¹⁹⁴, isto é, quando for justificada por motivos de ordem técnica, econômica ou financeira, reservando-se a reintegração para outras hipóteses.

E de fato, em posição diametralmente oposta àquelas descritas anteriormente, destaca Amauri Mascaro Nascimento que

a Constituição não é taxativa; indica uma das formas que considera de proteção – a indenização compensatória prevista na Lei Complementar – mas não exclui outras, de modo que permite a instituição de um sistema amplo que, uma vez criado, não contrarie, ao contrário, enquadre-se nos limites pretendidos pela Constituição

...

¹⁹³ ROMITA, Arion Sayão. op. cit. p. 456/457

¹⁹⁴ Muito embora Octavio Bueno Magano entenda que não deve se falar em pagamento de qualquer indenização em virtude de dispensa legitimamente calcada em motivos de ordem técnica, econômica ou financeira (v. MAGANO, Octavio Bueno. op. cit. p. 28), já se destacou antes que o fato de a ação do empregador ser reputada legítima, não impede que seja atribuída uma indenização em razão da extinção do contrato de trabalho, eis que a mesma não se trata, necessariamente, de punição a um ato ilícito.

Assim, não é possível afastar a interpretação segundo a qual a proteção da relação de emprego consiste na adoção de medidas ordenatórias da dispensa imotivada do trabalhador, sendo uma forma de restrição ao direito potestativo de despedir. Coincidiria, de certo modo, com a idéia de estabilidade absoluta e seria mesmo identificável com ela, caso não tivesse a Constituição indicado a possibilidade de indenização da dispensa¹⁹⁵.

É essa também a opinião de José Afonso da Silva, ao sublinhar que:

a lei complementar poderá reconhecer estabilidade após certo tempo de emprego e indenização compensatória. Mas pode também não conferir estabilidade, resolvendo-se a controvérsia sempre por via de indenização, progressiva ou não¹⁹⁶.

É muito difícil escapar à conclusão no sentido de que a Constituição Federal não atou as mãos do legislador complementar com relação à disciplina da matéria. É perfeitamente possível, e não padeceria de qualquer vício, a norma complementar que confirmasse a indenização como consequência primordial da extinção do contrato de trabalho fora das hipóteses legalmente admitidas, mas tampouco foge da razoável interpretação da norma constitucional a possibilidade que a lei complementar estabeleça um regime dual, convivendo ambas as hipóteses, ou mesmo que limite a indenização apenas aos casos em que a rescisão do contrato de trabalho efetivamente se verificar de forma não arbitrária.

Por essa razão, parece perfeitamente factível a coexistências dos regimes de estabilidade própria e imprópria através da legislação complementar. Numa hipótese, por exemplo, conferindo o direito à reintegração do trabalhador no emprego em todas as ocasiões em que a despedida verificar-se sem justa causa, de forma abusiva, ou ainda em virtude de falsa causa¹⁹⁷ (por exemplo, empregador alega motivos tecnológicos e não os prova quando questionado em juízo). Em outro, admitir a indenização quando a dispensa ocorrer sem justa causa, mas calcada em motivos de ordem técnica, financeira ou econômica, razão pela qual é necessário que se entenda a dispensa sem justa causa

¹⁹⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. op. cit. p.47

¹⁹⁶ SILVA, José Afonso. op. cit. p. 290

¹⁹⁷ Sobre essa situação, lembra José Affonso Dallegrave Neto que “Nos termos do art. 90, do Código Civil, a ruptura contratual é passível de anulação – nulidade relativa – em caso de falsa causa e desde que expressa como razão determinante ou sob forma de condição. Ao contrário, se presente causa ilícita ou mesmo lesão à norma cogente (art. 5.º, VIII, da CF/88), estar-se-á diante de nulidade absoluta em face do exercício irregular do direito de resilir”, o que permitiria, portanto, a reintegração do trabalhador em razão da nulidade do ato rescisório. cf. DALLEGRAVE NETO, José Affonso. DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Inovações na legislação do trabalho: aplicação e análise crítica**. São Paulo: LTr, 2000. p. 169

como gênero, no qual a extinção por razões técnicas, econômicas ou financeiras aparecem como espécies legítimas de rescisão contratual (ainda que gerem direito do trabalhador à indenização). Pertinente, assim, a dissociação feita por Leonardo Vieira Wandelli, ao assinalar que:

Toda despedida arbitrária, entendida como aquela que não se funda em motivo econômico, financeiro, técnico, disciplinar ou qualquer outro justo motivo legal, é sem justa causa, assim como toda despedida por justa causa é não arbitrária... Uma parte das despedidas não arbitrárias, por serem fundadas em motivo financeiro, técnico ou econômico, se refere a despedidas sem justa causa. Assim, por exemplo, uma despedida fundada em motivo econômico não é arbitrária, mas é sem justa causa¹⁹⁸.

A insistência na reintegração é justificada já que através dela o trabalhador conserva todo o período de labor que já havia prestado, assim como as vantagens e direitos adquiridos no período em que eventualmente tenha permanecido afastado do serviço. Muito embora o empregador não possa ser compelido a reintegrar o empregado forçosamente, o período de afastamento até a efetiva reintegração será computado ao patrimônio jurídico do empregado¹⁹⁹, sem prejuízo de outras sanções judiciais que possam ser introduzidas, como a instituição de “*astreintes*” ou multas em prol do Poder Público²⁰⁰.

A tese de José Soares Filho, para quem a reintegração ainda consistiria numa forma efetiva de combate ao desemprego²⁰¹ já é de mais difícil aceitação, posto que o

¹⁹⁸ WANDELLI, Leonardo Vieira. op. cit. p. 321

¹⁹⁹ Consoante bem destaca Luisa Gallantino: “il rapporto di lavoro illegittimamente risolto è considerato giuridicamente *in vita*. Se il datore di lavoro non ottempera all’ordine di reintegrazione – considerato dala prevalente dottrina e giurisprudenza quale obbligo infungibile – deve pagare al lavoratore la retribuzione dalla data della sentenza fino alla data dell’effettiva reintegrazione”. GALANTINO, Luisa. **Diritto del lavoro**. Torino: Giappichelli Editore, 1996.

²⁰⁰ Debruçando-se sobre a matéria, Cabanellas ainda ressalta outras medidas possíveis de serem adotadas quando destaca que “la sentencia no puede imponer que la readmisión se haga efectiva, esto es, que el patrono dé nuevamente ocupación al trabajador injustamente despedido y cuya readmisión se ordena; por cuanto aquí se trata de una obligación de hacer, imposible de exigir compulsivamente. En esse caso, el patrono está obligado, em el supuesto de que no readmita al trabajador dándole trabajo efectivo, a abonar los dueldos o salarios que le corresponda percibir. El procedimiento se concreta em tres actitudes: a) retener, por medio de tribunal competente, los salarios correspondentes a cada mês vencido, con el precedente embargo de bienes; b) obligar al patrono a que deposite, por vía de apremio, títulos del Estado, por una suma duficiente para cubrir com su renta los salarios que devengu eel trabajador; c) intervenir la empresa y nombrar a quien deba cumplir esa función inspectora.” CABANELLAS, Guillermo. op. cit. p. 596. A despeito das hipóteses aventadas pelo doutrinador argentino, o direito processual brasileiro parece já munir o magistrado com elementos suficientes para garantir a eficácia do provimento que impõe a obrigação de fazer, inclusive possuindo liberdade para fixar outras cominações que vissem a atingir o resultado prático equivalente.

²⁰¹ SOARES FILHO, José. op. cit. p. 212

desemprego não pode ser examinado de uma forma estática, ou seja, computando as pessoas que perdem os seus postos de trabalho, mas surge de uma relação dinâmica entre a destruição e criação de postos de trabalho. Conforme ressaltam Barros-Camargo-Mendonça:

a taxa de desemprego é determinada pelas probabilidades de entrada e saída do desemprego. Assim, para que a taxa de desemprego de um grupo seja maior que a de outro é necessário que ou a) a probabilidade de entrada no desemprego seja maior ou b) que a probabilidade de saída do desemprego seja menor ou c) que estas duas ocorram²⁰².

Aliás, são significativas, nesse sentido, as simples, porém precisas palavras de Roberto Ferraiuolo, diretor financeiro da Fiesp, quando pondera que

Será uma falácia dizermos que reforma trabalhista vai gerar emprego. O que vai gerar emprego é o crescimento do PIB, desenvolvimento econômico sustentado. Essa é uma tese que a indústria tem defendido e tem sido atacada por defendê-la, mas defenderá sempre porque precisamos viver um processo de crescimento. E é claro que um processo de crescimento deve ser adaptado a um processo legal²⁰³.

E de fato, a prática não tem demonstrado a existência de qualquer relação necessária entre o reconhecimento da garantia de emprego e o aumento de desemprego. Bernardo Van der Laat Echeverría, por exemplo, citando pesquisa de Sanguinetti Raymond a respeito do Peru, revela que

as estatísticas de emprego não parecem corroborar a existência de uma relação tangível entre ambos. Assim, temos que entre os anos 1971 e 1977, durante os quais esteve em vigor o Decreto-lei n. 18471 (segundo o qual a estabilidade se adquiria após o período de experiência de três meses) o emprego adequado alcançou como média os 51,5% da P.E.A; tanto que entre os anos de 1978 e 1985, estando vigente o decreto-lei n. 22.126 (que criou um período aquisitivo de estabilidade de três anos), o emprego adequado se reduziu a 39,10% da P.E.A, como média. O que explica a diferença entre ambos os períodos não é, evidentemente, a existência de uma ou outra lei de estabilidade, mas os diferentes índices de crescimento médio do PIB que se registra em cada período (4,2% o primeiro, em comparação com 0,43% no segundo²⁰⁴).

²⁰² BARROS, Ricardo Paes; CAMARGO, José Márcio; MENDONÇA, Rosane. op. cit. p. 26

²⁰³ in PRADO, Ney (coord.). Reforma trabalhista: Direito do trabalho ou direito ao trabalho? São Paulo: LTr, 2000. p. 153

Além disso, a existência ou não de um regime de garantia de emprego mais ou menos rígido parece, surpreendentemente, ter pouca influência também sobre a duração média dos contratos de trabalho. Tomando-se por base dados fornecidos pelo Eurostat²⁰⁵, indicam que países com regimes de proteção da relação de emprego absolutamente distintos apresentam números bastante semelhantes. No Japão, por exemplo, a medida de permanência no emprego dos trabalhadores, em 2000, era de 11,6 anos, acima inclusive de países com bastante restrição ao direito de dispensa, como a França, que apresenta uma média de 11,1 anos. Mesmo países europeu com maior flexibilidade nesse aspecto, como Irlanda e Dinamarca, apresentam respectivamente uma média de 9,4 anos e 8,3 anos. Tais dados fazem jus à conclusão de Göran Hlutin, diretor executivo do setor de emprego da OIT, que:

the data do not show a secular trend of “erosion” of the long-term employment relationship. There is little change in the average length of the employment relationship, and long-term employment relationships are shown still to be the norm for a large part of the workforce in Europe²⁰⁶.

No Brasil a situação não é diferente. Estudo realizado na Região Metropolitana de São Paulo revelam que em 1988 a média de tempo no emprego com carteira assinada de um trabalhador era de 46 meses (quase 4 anos), tendo esse número aumentado significativamente em 2004, quando atingiu 60 meses (5 anos). O Anuário dos Trabalhadores em 2007, publicado pelo DIEESE, revelam que mesmo sem o reconhecimento da garantia de emprego, em 2005, 17,8% dos trabalhadores com carteira assinada possuíam mais de 10 anos no serviço²⁰⁷.

De qualquer sorte, mesmo sem superestimar o impacto econômico que o reconhecimento, ou não, da garantia de emprego possa ter sobre a sociedade, todo e qualquer projeto de lei complementar que vise regulamentar o disposto no art. 7º, I, não pode ignorar o conflito jurídico e econômico existente entre a possibilidade de indenização ou estreita reintegração do trabalhador no seu posto de trabalho.

4.3.5 Regulamentação internacional - A Convenção 158 da OIT

²⁰⁴ ECHEVERRÍA, Bernardo van der Laet. op .cit. p. 241

²⁰⁵ AUER, Peter; CAZES, Sandrine. op. cit. 25

²⁰⁶ AUER, Peter; CAZES, Sandrine. op. cit. p. v

²⁰⁷ DIEESE. **Anuário dos trabalhadores: 2007**. 8.ed. São Paulo: DIEESE, 2007. p. 114

Grande parte do debate em torno da necessidade de se disciplinar legalmente o disposto no art. 7º, I, da Constituição Federal esteve temporariamente suspenso em virtude da adesão, pelo Brasil, à Convenção nº 158, da OIT, que versa precisamente sobre a terminação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador.

Tal Convenção, embora tenha sido celebrada em 22 de junho de 1982, portanto, anterior à Constituição Federal de 1988, foi ratificada pelo Brasil apenas em 16 de setembro de 1992, para entrar em vigor em 11/04/1996, e por um breve período de tempo esteve em vigência, até ser denunciada pelo Decreto 2.100 de 20/12/1996.

Por quais razões tal Convenção é importante para a matéria, e qual foi a razão de sua curta duração?

Na verdade o impacto deste pacto internacional sobre a legislação brasileira, durante seu curto período de vigência, deve-se, sobretudo, ao disposto no art. 4º, da Convenção, que reza:

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

Não é necessário grande esforço interpretativo para se notar que, na prática, o dispositivo em questão acabava por regulamentar, em grande parte, o art. 7º, I, da Constituição Federal, na medida em que protegia a relação de trabalho contra a extinção unilateral por iniciativa do empregador, ressalvadas as hipóteses vinculadas à capacidade do trabalhador (adequação ao serviço e conhecimento para sua execução, por exemplo), comportamento (via de regra vinculado às hipóteses de justa causa), e as razões de necessidade de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, nos quais é possível se compreender a idéia de despedida não arbitrária que até o momento foi examinado.

Logo após sua entrada em vigor a norma internacional foi objeto de ataques por parte da doutrina nacional com relação aos seus termos. José Pastore, por exemplo, afirmou que:

a Convenção n. 158, da OIT, reduz os graus de liberdade para demitir. No caso brasileiro, além de dificultar a dispensa, ela tem um forte potencial de conflito na medida em que as justificativas do desligamento venham a ser submetidas ao excepcional poder normativo da Justiça do

Trabalho²⁰⁸.

Para muitos, também, a Convenção não poderia regulamentar a matéria, posto que, em se tratando de norma internacional, segundo a posição do STF a mesma passaria a se integrar à legislação pátria na condição de lei ordinária, e não lei complementar, como o exige o disposto no art. 7º, I, da Constituição Federal²⁰⁹.

Marcelo Freira Sampaio Costa diverge dessa opinião, indicando, dentre outros, dois motivos centrais em sentido contrário, ao afirmar que:

inexistindo a pré-falada hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, não haveria razão jurídica para declarar a inconstitucionalidade formal da Convenção n.º 158, haja vista, consoante defendemos neste item, a equiparação com leis federais, assim compreendidas as leis complementares e as leis ordinárias, dos tratados internacionais ratificados pela ordem jurídica nacional” (p. 701)

...

Como a convenção n.º 158 introduzia direito e garantia fundamental ao trabalhador, isto é, proteção contra a dispensa arbitrária, não há - sob hipótese alguma - de se falar em inconstitucionalidade formal ou material, já que tal direito passou a ser matéria constitucional, a teor do disposto no parágrafo segundo, do artigo quinto da Constituição Federal. A rigor, a lei complementar exigida no art. 7º, inc. I, tornou-se desnecessária e perdeu o objeto²¹⁰.

É difícil adotar semelhante tese, entretanto. Mesmo que se admita, para não entrar em debate que extrapola os limites desse trabalho, a identidade hierárquica entre lei complementar e lei ordinária, isso não esvazia o comando constitucional no sentido de que a norma disciplinadora deve ser complementar. Aliás, a previsão não é inútil, já que as leis complementares possuem quorum qualificado para serem aprovadas. Pouco importa, assim, eventual existência, ou não, de hierarquia legal entre normas complementares e normas ordinárias, eis que a regulamentação do art. 7º, I, através de norma que era incorporada no direito brasileiro na condição de lei ordinária não poderia fazer o papel da norma complementar a que faz alusão o dispositivo constitucional, sendo necessário o procedimento especial fixado constitucionalmente para a aprovação dessa espécie de diploma legal.

²⁰⁸ PASTORE, José. op. cit. p. 39

²⁰⁹ É a posição, por exemplo, de Arion Sayão Romita. cf. ROMITA, Arion Sayão. op. cit. p. 429

²¹⁰ COSTA, Marcelo Freira Sampaio. *A inconstitucionalidade da Convenção n.º 158, da OIT: um grave equívoco*. GENESIS: Revista de direito do trabalho. Nº 83. novembro de 1999. Curitiba: Gênesis, 1999. p. 701/702

Da mesma forma, o fato de o § 2º, da Constituição Federal estabelecer que os direitos e garantias previstos na Constituição não excluíssem outras decorrentes de tratados internacionais não significa que a Constituição estivesse conferindo, pela simples adesão à norma internacional, dignidade constitucional a mesma. Aliás, tanto isso não é verdade que apenas por ocasião do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 tal hipótese foi admitida, com a inclusão do § 3º ao art. 5º, da Constituição Federal, sendo certo que, mesmo nessa hipótese, o tratado internacional deveria versar sobre direitos humanos, e ainda assim ser aprovado em dois turnos por três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional.

Uma outra crítica à denúncia mediante o Decreto 2.100/96 incidiu sobre o próprio procedimento do mesmo. Isso porque, de acordo com o art. 17, da Convenção nº 158:

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

A primeira discussão centrou-se no próprio conceito de membro mencionado no artigo da Convenção internacional. De acordo com Arnaldo Süssekind:

Para a OIT... a expressão Membro corresponde a Estado, não a governo; a Estado, não apenas na sua concepção jurídico-política, eis que também concerne a segmentos configuradores de Nação, como o dos trabalhadores e o dos empregadores, os quais juntamente com os governos, formam o tripartismo que fundamenta e caracteriza a vida dessa entidade internacional²¹¹.

É também a opinião de Maurício Rands, para quem o conceito também abrange a participação de trabalhadores e empregadores na condição de membros, os quais não teriam participado do processo de decisão com relação à denúncia, mas meramente foram comunicados da decisão do governo²¹².

Entretanto, o fato de efetivamente trabalhadores e empregadores possuírem direito de representação perante a OIT não significa que esse organismo determine a

²¹¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 3.ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 237

²¹² RANDS, Maurício. *A convenção 158 da OIT continua em vigor depois de denunciada pelo Poder Executivo?* **GENESIS: Revista de direito do trabalho**. Nº 54. junho de 1997. Curitiba: Gênese, 1997. p. 764

forma de consulta ou o procedimento interno que cada país adotará para fins de denúncia dos termos da Convenção. A não ser que houvesse uma norma interna que estabelecesse a necessidade de um procedimento específico, envolvendo a participação, e talvez até mesmo a deliberação por parte de representantes de trabalhadores e de empregadores, não há mecanismos legais que possam questionar a validade do decreto que denunciou a Convenção.

Outra questão pertinente, ainda relativa ao mesmo artigo da Convenção 158, versa a respeito do tempo necessário para que fosse possível a denúncia da mesma. O art. 17 faz referência ao período de 10 anos a partir da sua entrada em vigor. Ora, no caso brasileiro já se salientou que a mesma não durou sequer um ano em vigência, sendo que mesmo entre a adesão do Brasil e a denúncia da Convenção, não se passaram mais de 5 anos. A esse respeito, observa Sússekind que:

Duas posições antagônicas surgiram na interpretação dessa regra; a primeira, que prevalece no seio da OIT, entende que o decênio se conta da data em que teve início a vigência internacional da convenção...

A segunda corrente, a que nos filiamos, considera que o decênio concerne à vigência da ratificação de cada país...

Até hoje, porém, não foi alterado o entendimento de que o *dies a quo* do decênio é o da vigência internacional da convenção²¹³.

Por paradoxal que possa parecer a tese de que o prazo para denúncia começa a vigorar a partir da vigência internacional da convenção (o que implica o reconhecimento de que o prazo para denúncia teria começado a correr mesmo antes dos Membros aderirem à Convenção), a verdade é que o Brasil pegou carona nessa tese, utilizando-a como motivo para que fosse possível a denúncia, já que a Convenção datava de 1982 (com entrada em vigor 12 meses depois).

Independentemente da denúncia da Convenção 158, não se pode ignorar que a mesma serve de fonte inspiradora para uma eventual legislação pátria a respeito da matéria. Com efeito, observa José Soares Filho com relação ao conteúdo da norma internacional que:

²¹³ SÚSSEKIND, Arnaldo. op. cit. p. 239

O artigo 2.º § 5.º da Convenção n. 158 da OIT permite que a autoridade competente ou o organismo apropriado de cada país tome medidas para excluir da aplicação da Convenção ou de algumas de suas disposições outras categorias limitadas de pessoas empregadas...

A esse respeito, foram cogitadas as pequenas empresas, as empresas familiares, o pessoal de direção, os trabalhadores que haviam alcançado a idade normal de aposentadoria, os trabalhadores agrícolas, ou aprendizes, os marítimos e os empregados domésticos. Os critérios adotados para tal especificação referem-se a condições da empresa especiais e à natureza ou dimensão da empresa²¹⁴.

De fato, a preocupação da Convenção 158 com as características próprias de cada categoria de pessoa empregada, assim como as dimensões das empresas envolvidas é bastante refrescante, mormente quando contraposta com a legislação brasileira em vigor que não apresenta qualquer dinâmica nesse sentido, conforme já foi salientado neste próprio trabalho anteriormente.

Outros dispositivos parecem estar em sintonia com o entendimento jurisprudencial e doutrinário brasileiro, como ocorre com a distribuição do ônus da prova, em que o artigo 9º, § 2, da Convenção, deixa claro que incumbirá ao empregador demonstrar a ocorrência de uma das causas aludidas no art. 4º da norma, o que leva Sússekind a observar, com precisão, que:

O fim perseguido pela Convenção é a reintegração do trabalhador arbitrariamente despedido; isto é, a anulação do ato patronal que não se fundar, comprovadamente, em qualquer dos motivos relacionados no art. 4. Mas a Conferência teve de aprovar uma norma flexível a respeito, atendendo a que em muitos países o trabalhador não tem o direito de retornar ao emprego, quando imotivadamente despedido²¹⁵.

E de fato, o próprio artigo 8º da Convenção 158 deixa clara a existência de fungibilidade entre o direito à reintegração e o pagamento de uma indenização substitutiva, toda vez que a reintegração não for adequada ou for impossível (por exemplo, por expressa vedação legal), o que permite concluir que a Convenção sequer instituíra no Brasil, necessariamente, um regime de estabilidade própria no emprego, nada impedindo que prevalecesse ainda o direito à indenização substitutiva apenas, bastando para tanto um pequeno adendo legal por parte do governo.

Além disso, em compasso com observações já declinadas anteriormente, a

²¹⁴ SOARES FILHO, José. op. cit. p. 198/199

²¹⁵ SÚSSEKIND, Arnaldo. op. cit. p. 375

norma internacional admite, tranqüilamente, a convivência paralela dos regimes de reintegração no emprego e de pagamento de indenização, sendo esta prevista para qualquer hipótese de extinção do contrato de trabalho, consoante art. 12, da Convenção.

Na ausência de tal regulamentação, entretanto, torna-se necessário um trabalho de base, a fim de que se possa vislumbrar uma idéia de disciplina legal que possa, adequadamente, regulamentar a norma constitucional em exame.

4.3.6 Disciplinando a estabilidade e a garantia de emprego no Brasil

De forma a disciplinar o disposto no art. 7º, I, é primordial que a lei complementar diferencie as figuras da dispensa sem justa causa e da dispensa não arbitrária. Primeiro porque, como se viu anteriormente, tratam-se de institutos distintos. Se por um lado toda dispensa não arbitrária é sem justa causa, já que calcada em fundamentos diversos daqueles que embasam a noção de extinção contratual por justa causa, nada impede que a rescisão se dê sem justa causa, e de forma arbitrária, isto é, fora dos parâmetros daquilo que se define como não arbitrária. Mais importante do que isso, é necessário deixar claro que o ato de extinção do contrato por iniciativa do empregador, fora dessas hipóteses, é ilícito, e, como tal, passível de anulação pela via judicial. Por isso mesmo, a lei é restritiva e deve cuidar ao máximo de esclarecer as hipóteses permissivas, sob pena de esvaziar o conteúdo da garantia de emprego. De fato, como bem assinala Mario Deveali:

és evidente que el derecho a la estabilidad pierde cualquier alcance concreto cuando, pesa a haber sido proclamada como regla, se admite un sinnúmero de causas de despido, que corresponden prácticamente a todas las situaciones que podrían inducir a um empleador serio a tomar tal iniciativa, aun en el caso de no existir tal estabilidad, y especialmente cuando tales causas puede prestarse a ocultar los casos – que em la práctica son bastante raros – de despidos por mero capricho o por razones de mínima importância²¹⁶.

A sanção em decorrência da ilicitude, por outro lado, constitui uma problemática especial. Já se destacou anteriormente que parte da doutrina entende que a resposta por excelência é o pagamento de indenização, enquanto outros admitem que a lei

²¹⁶ DEVEALI, Mario. op. cit. p. 540. Outras opiniões a respeito da maior ou menor freqüência das despedidas de trabalhadores por motivos puramente caprichosos do empregador já foram ressaltadas anteriormente.

complementar que vier a regulamentar a norma constitucional estabeleça a reintegração do trabalhador no emprego como consequência da prática do ato ilícito pelo empregador. Esta última parece ser a interpretação mais adequada do art. 7º, I, da Constituição Federal. Muito embora a norma faça menção à indenização compensatória ela não elimina a possibilidade, pelo contrário, expressamente se refere a ela, no sentido de que se estabeleçam outros direitos, e, como tal, outras consequências jurídicas que não estejam limitadas à mera indenização. Como se viu anteriormente, não parece haver obstáculos para que a lei contemple um sistema misto, admitindo a reintegração em determinadas hipóteses, a indenização em outras, ou, dependendo da gravidade do caso e da severidade legislativa, até mesmo a concomitância de ambas. Não há que se falar em “*bis in idem*”, já que a lei pode estabelecer duas sanções de ordem diversa para o mesmo ilícito, como, ocorre, aliás, com tantas normas penais que impõe o pagamento de multa cumulado com cerceamento de liberdade do culpado. Ademais, a finalidade de ambas é distintas, a reintegração do empregado no trabalho destinar-se-ia apenas a retornar à situação ao “*status quo*” anterior à nulidade, enquanto a indenização possuiria suas já clássicas finalidades preventivas e educativas.

O momento de fixação da sanção também é importante, porque é nele que determinadas características próprias da relação, que foram realçadas no curso do trabalho, podem surgir, como, por exemplo, o tratamento diferenciado em função do tamanho da empresa e de sua capacidade econômica. Além disso, também é importante que a lei que discipline o art. 7º, I, da Constituição Federal, finalmente regule a dispensa coletiva no direito brasileiro, estabelecendo condições próprias para a mesma em oposição às dispensas individuais, também aqui sendo necessário levar-se em consideração o tamanho do empreendimento envolvido.

Não parece haver dúvida de que a disciplina do art. 7º, I, tornaria inoperante a norma transitória insculpida no art. 10, dos ADCT. Entretanto, permaneceria a multa prevista na própria lei do FGTS, tanto em favor do obreiro quanto em favor do Estado, o que, aliás, põe em jogo uma outra questão importante, que é a manutenção do sistema fundiário no direito brasileiro. É perfeitamente razoável entender que, se o FGTS surgiu em substituição, ou como opção, ao antigo regime de estabilidade, uma nova disciplina relativa à proteção da relação de emprego poderia, perfeitamente, afastar o regime fundiário. A princípio a idéia é interessante, eis que sistema fundiário, inegavelmente, onera a empresa, tornando mais caro o custo da mão-de-obra, sendo certo que o valor correspondente poderia ser revertido integralmente em favor do obreiro, que não estaria

compelido a mantê-lo “aplicado” no pior fundo de renda existente no país (juros de 3% ao ano nos termos do art. 13, da lei 8036/90). Contudo, não se pode ignorar que o direito ao FGTS é reconhecido constitucionalmente, através do art. 7º, III, da Constituição Federal, não permitindo, assim, sua revogação por meio da legislação complementar, mas demandando uma Emenda Constitucional que o extirpasse do direito pátrio. Permanece a celeuma, todavia, com relação à multa fixada pela lei fundiária. O advento da lei complementar não parece excluí-la tacitamente, sendo necessário, se assim se pretender, que haja expressa disposição legal revogando os dispositivos correspondentes, notadamente o art. 18, § 1º, da lei 8036/90.

O mesmo pode ser dito com relação a outras verbas vinculadas ao término da relação de trabalho, como ocorre com a indenização adicional relativa ao trintídio que antecede a data-base.

Por outro lado, embora já haja lei específica versando a respeito da dispensa discriminatória, parece conveniente que a lei complementar em questão trate a respeito da dispensa abusiva no direito pátrio, que ainda não recebeu a devida e ampla regulamentação correspondente.

É perfeitamente possível conferir o mesmo direito de garantia de emprego aos contratos por prazo determinado, os quais ficam garantidos durante o curso da sua execução até seu termo final, sob pena de pagamento de indenização correspondente ao período de labor faltante, ou maior. Reintegrar o trabalhador, nesse caso, é inócuo, já que, diferentemente do que ocorre com os contratos por prazo indeterminado, é perfeitamente factível, nessa hipótese a apuração do prejuízo financeiro sofrido pelo empregado em função da extinção antecipada de seu contrato de trabalho.

Na disputa entre a reintegração do trabalhador no emprego, e o pagamento de forma indenizada, parece ser mais razoável adotar a técnica que já fora albergada pela CLT com relação à estabilidade decenal, e deixar ao prudente arbítrio do juízo, no caso concreto, fixar a sanção que esteja melhor adequada à situação concreta. Não é possível partir do pressuposto absoluto, como fez Cabanellas, de que toda e qualquer denúncia contratual tornam impossível a reintegração do empregado no trabalho, em função das seqüelas no ambiente de trabalho, eis que a relação de fidúcia e a própria identificação da pessoa do empregador variam grandemente conforme o tamanho da empresa e as condições específicas de trabalho. Parece evidente, nesses casos, que os pequenos empreendimentos, que contem com poucos empregados, e uma proximidade maior com o empregador, efetivamente desaconselhariam a reintegração, mas não há razão para a

lei descer a tais minúcias, inexistindo qualquer problema no sentido de que a avaliação da situação concreta seja deixada à avaliação do juízo competente.

A preferência em relação à reintegração, do ponto de vista do interesse do empregado, é óbvia, eis que já se ressaltou que, nesse caso, o obreiro retém os direitos e vantagens que já havia adquirido, assim como obtém aqueles que foram garantidos aos demais empregados no curso de seu afastamento. Não parece haver necessidade que a lei verse especificamente sobre as medidas processuais que podem ser adotadas pelo juízo de origem, posto que as recentes reformas processuais civis já conferem ao juízo meios suficientes para fazer valer as obrigações de fazer que imponha. Não obstante, não se pode ignorar que o desiderato da reintegração é precisamente o de garantir a subsistência do empregado, finalidade esta que não seria atingida com qualquer espécie de indenização tarifada, bem como a dignidade do trabalhador. Tendo isso em conta, nada impede que a lei, sem modificar o regime prescricional trabalhista, estabeleça um prazo específico dentro do qual o pleito de reintegração no emprego deva ser exercido, sob pena de ser, obrigatoriamente, convertido em indenização. Isso atende a dois interesses: primeiro, ao do próprio empregado, que, se efetivamente depender do trabalho para sua subsistência, não esperará muito tempo para exercer tal direito; em segundo lugar, do empregador, que não pode ficar na dependência de ser obrigado a reintegrar um trabalhador até dois após a extinção do seu contrato de trabalho, tempo que, na economia moderna, é mais do que suficiente para uma modificação completa na própria estrutura e técnica produtiva de qualquer empresa.

Entretanto, não há óbice para que, mesmo que exercido o direito de ação dentro do prazo que a lei estabelece para o trabalhador pleitear sua reintegração, o mesmo renuncie judicialmente a este direito, sem prejuízo da indenização a que teria direito. A reintegração apreça aqui como uma conseqüência da nulidade da dispensa, instituída em favor do empregado como uma faculdade, e não em favor do agente do ato ilícito, razão pela qual o trabalho pode abrir mão dela, independentemente da indenização, que decorre da simples prática do ato ilícito.

Nada impede, ao contrário, é perfeitamente recomendável, que a lei estabeleça diferenciação com relação à indenização a ser fixada tanto em função da causa da reintegração, quanto em função da capacidade econômica do empregador. Assim, é possível um ordenamento diferenciado caso a ilicitude decorra da reversão da justa causa que fora imputada ao trabalhador, do afastamento do motivo econômico, técnico, financeiro ou moral que o empregador tenha associado com a extinção do contrato de

trabalho, da extinção contratual promovida sem qualquer espécie de motivação do ato, e daquela em que se evidencia que a dispensa foi abusiva.

A inclusão da motivação de ordem moral, ao lados dos tradicionais motivos econômicos, técnicos ou financeiros justifica-se de forma a criar uma modalidade de motivação do ato demissional em função da prática de atos por parte do empregado que, se por um lado não caracterizam falta grave o suficiente para legitimar a dispensa por justa causa, são suficientes para impedir a continuidade da relação de trabalho, não bastando ao empregador, portanto, fazer uso das medidas punitivas de suspensão ou advertência. Aproxima-se, nesse diapasão, da figura do justificado motivo subjetivo a que faz alusão a doutrina italiana. Novamente aqui, não cabe à legislação estabelecer taxativamente tais hipóteses, o que também diferencia esta figura da justa causa tradicionalmente reconhecida, mas incumbe ao juízo avaliar, no caso concreto, se o motivo do empregador efetivamente é legítimo²¹⁷. Não se inclui, aqui, a incapacidade de adequação do trabalhador ao serviço a ser prestado, eis que para tanto já existe contrato por prazo determinado específico, que é o contrato de experiência. No caso de necessidade de reformulação tecnológica da empresa, a qual um empregado que já foi contratado não se adapte, então é possível à empresa dispensá-lo com fundamento de ordem técnica, tendo como ponto de partida a extinção da função anterior e a inadequação à nova.

Essa diferenciação permitiria, por exemplo, que a dispensa por justa causa, ao invés de implicar a nulidade da rescisão contratual, fosse convertida em dispensa não arbitrária, gerando os efeitos correspondentes.

Embora a dispensa não arbitrária constitua, nesse caso, um permissivo legal para a extinção contratual por parte do empregador, nada impede que a lei estabeleça conseqüências de ordem pecuniária em função dessa forma de terminação do contrato de trabalho. Já se viu anteriormente que a indenização fixada em função da cessação da relação de trabalho não possui como fato gerador a prática de um ato ilícito do empregador, mas a situação jurídica em que a prática de um ato, embora lícito, acaba deixando o empregado, razão pela qual justificar-se-ia o pagamento da indenização

²¹⁷ Podem ser incluídas aqui aquelas situações fronteiriças em que há a quebra da fideiussão, impossibilitando a continuidade do vínculo, mas a visão da dispensa por justa causa como um ato punitivo pode gerar a invalidade da dispensa. É o caso de furtos de objetos de pequeno valor do empregador, ou atos praticados pelo empregado sem a boa-fé e lealdade que dele se esperam (e.g. faltar com a verdade ao empregador, destralhar colegas de trabalho).

como forma de minimizar o impacto da perda do emprego²¹⁸. Essa parece uma medida mais razoável e pragmática, em função do anseio de segurança do trabalhador, do que simplesmente lhe negar qualquer espécie de indenização, equiparando tal espécie de terminação do contrato de trabalho com as hipóteses em que o trabalhador tenha praticado uma falta grave passível de extinção do contrato de trabalho por justa causa.

Tendo esses elementos em mente, é possível elaborar a seguinte sugestão de proposta de lei complementar para disciplinar o disposto no art. 7º, I, da Constituição Federal:

Art. 1º Esta lei complementar regulamenta o inciso I do art. 7º da Constituição Federal que trata da proteção à relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa.

Capítulo I

Das Disposições Gerais

Art. 2º Ficam proibidas as despedidas de trabalhadores de forma arbitrária ou sem justa causa.

Art. 3º Considera-se despedida sem justa causa toda aquela extinção contratual por ato unilateral do empregador que não se enquadre nas hipóteses elencadas no art. 483, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 4º Considera-se despedida arbitrária toda aquela que não se fundar em justificado motivo subjetivo ou objetivo.

²¹⁸ Por outro lado, é admissível que, dispensado o trabalhador dentro do permissivo legal, a lei até mesmo exclua a necessidade de pagamento de qualquer indenização em seu favor. Entretanto, ressalva Arnaldo Süssekind que “A disposição transitória em foco torna, sem dúvida, plena e imediatamente aplicável o disposto no inciso I do art. 7º. Só a lei complementar nela cogitada poderá, no entanto, fixar valores diferentes para a indenização compensatória. Poder-se-ia sustentar que, não sendo arbitrária a despedida, essa indenização já não seria devida ou deveria ser menor. É possível que a futura lei complementar siga essa orientação. Cabe ponderar, contudo, que a legislação sobre o FGTS não isenta dessa prestação, agora elevada para 40%, as rescisões contratuais sem justa causa, ainda que não arbitrárias. E não será possível reduzir o seu campo de incidência sem que uma lei assim disponha explicitamente”. SÜSSEKIND, Arnaldo. op. cit. p. 147

§ 1º Reputa-se como justificado motivo objetivo aquele relacionado às necessidades econômicas do empregador, sejam eles de ordem financeira ou técnica.

§ 2º Reputa-se como justificado motivo subjetivo aqueles relacionados à indisciplina do trabalho ou sua conduta de ordem moral que não se enquadre nas hipóteses do art. 483, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 5º Incumbe ao empregador comprovar, quando questionado em juízo, a ciência inequívoca do empregado quanto ao motivo da extinção do contrato de trabalho.

Art. 6º A anulação, em juízo, do ato de extinção contratual importará o direito do empregado à sua reintegração no emprego, ou ao pagamento da indenização correspondente, o que for mais aconselhável, de acordo com o prudente arbítrio do juízo sobre o caso concreto.

Parágrafo único. Para que o empregado possa pleitear em juízo o direito à reintegração no emprego, deve formular tal pretensão no prazo de 90 dias após a extinção do contrato de trabalho, sem prejuízo do direito à indenização correspondente, caso ultrapassado esse período.

Capítulo II

Da Dispensa Não Arbitrária

Art 7º É lícita a extinção do contrato de trabalho do trabalhador quando devidamente fundamentada em justificado motivo objetivo ou subjetivo, mediante a concessão de aviso prévio com antecedência mínima de 30 dias da data da extinção contratual.

Art. 8º Nos contratos por prazo determinado, a extinção contratual nesta hipótese dará ao trabalhador o direito à percepção, de forma indenizada, à metade da remuneração a que teria direito até o termo do contrato de trabalho.

Parágrafo único. Nos contratos sujeitos à condição de resolução, será presumido o termo em 2 anos a contar da pactuação, salvo demonstrado em juízo a ocorrência da condição em período inferior, que deverá ser então adotada para

fins de cálculo da remuneração devida.

Art. 9º Nos casos de contratos de trabalho por prazo indeterminado, a extinção contratual nesta hipótese dará ao trabalhador o direito à percepção, de forma indenizada, no valor equivalente a um mês da remuneração por ano de serviço efetivo, ou fração igual ou superior a 6 (seis) meses, no caso do trabalhador mensalista.

§ 1º No caso de trabalhadores diaristas e horistas, a remuneração será apurada com base na maior diária ou salário-hora percebido, calculando-se a média dos dias ou horas laborados mensalmente nos últimos 12 meses de serviço.

§ 2º No caso de trabalhador que receba por tarefa ou por produção, o valor da indenização será obtido multiplicando-se a média das tarefas ou da produção dos últimos 12 meses pelo maior valor do salário pago por unidade de obra.

§ 3º No caso de trabalhador comissionista, o valor correspondente à indenização será apurado com base na média das comissões auferidas nos últimos 12 meses.

§ 4º Idêntica indenização será devida nos casos de reversão judicial da dispensa por justa causa em dispensa por justificado motivo subjetivo.

§ 5º Todos os valores apurados para fins de cálculo da indenização estão sujeitos à atualização monetária de suas respectivas importâncias.

Art. 10. Os valores fixados neste capítulo poderão ser reduzidos até à metade, conforme juízo equitativo do juízo, levando-se em consideração a situação financeira e a capacidade econômica do empregador.

Capítulo III

Da Dispensa Arbitrária

Art. 11 Nos casos em que o empregador não indicar o motivo da dispensa do empregado, ou o motivo não se enquadrar no permissivo legal, a dispensa será nula, fazendo jus o empregado à reintegração no emprego ou indenização compensatória, nos termos do art. 6º desta lei.

Parágrafo único. Não havendo prova de motivação da dispensa, o trabalhador terá direito à tutela antecipada de seu direito à reintegração.

Art. 12 A indenização compensatória, no caso de extinção antecipada dos contratos por prazo determinado de forma arbitrária será equivalente ao valor integral da remuneração a que faria jus o empregado até o termo do contrato, aplicando-se também aqui o disposto no art. 8º, parágrafo único desta lei.

Art. 13 No caso de ser incabível ou desaconselhável a reintegração nos contratos por prazo indeterminado, o empregador deverá pagar ao trabalhador o dobro dos valores elencados no art. 9º da lei, sem possibilidade de adoção do benefício conferido pelo art. 10.

Art. 14. Idênticas conseqüências previstas nesse capítulo serão aplicadas no caso de reversão da justa causa ou de afastamento do justificado motivo objetivo ou subjetivo que o empregador tenha imprimido à extinção contratual.

Capítulo IV

Da Dispensa Abusiva

Art. 15 É nula de pleno direito a dispensa de trabalhador motivada por perseguição do empregador ou ato discriminatório direcionado ao empregado atingido.

Art. 16 No caso de dispensas abusivas, o trabalhador tem a faculdade de pleitear a sua reintegração no emprego, independentemente do prazo a que alude o art. 6º, parágrafo único desta lei, ou ao pagamento de indenização correspondente ao triplo dos valores constantes no capítulo II, sem o benefício previsto no art. 10 desta lei e sem prejuízo de eventual indenização por danos morais.

Art. 17 A ciência e intervenção do Ministério Público do Trabalho é obrigatória em todos os casos que envolverem alegação de dispensa abusiva.

Capítulo V

Da Despedida Coletiva

Art. 18 Considera-se coletiva a despedida de trabalhadores quando atingir,

dentro de um prazo não superior a 3 meses:

I – 30% do total de empregados em uma empresa que tenha de 20 a 50 empregados;

II – 20% do total de empregados em uma empresa que tenha de 51 a 100 empregados;

III – 15% do total de empregados em uma empresa que tenha de 101 a 200 empregados;

IV – 10% do total de empregados em uma empresa que tenha de 201 a 500 empregados;

V – 5% do total de empregados em uma empresa que tenha mais de 501 empregados.

Parágrafo único. Para fins de apuração dos percentuais e número de trabalhadores indicados deve ser levado em consideração todos os trabalhadores em estabelecimentos da empresa em uma área equivalente a um município.

Art. 19. A despedida coletiva só se justifica por expressas razões econômicas, técnicas ou financeiras do empregador, que deve comunicar as razões e a quantidade de trabalhadores ao sindicato da categoria com uma antecedência mínima de 30 dias do início do procedimento de despedidas, de forma a iniciar negociações.

Art. 20 Esgotadas as possibilidades de negociação, ou sendo as mesmas infrutíferas, o empregador deverá comunicar ao Ministério do Trabalho a ocorrência das despedidas com antecedência mínima de 5 dias do seu início.

Art. 21 A desobediência aos dispostos nos artigos 19 e 20 da presente lei acarretam a nulidade das dispensas ocorridas no período mencionado no *caput* do art. 18, ensejando aos trabalhadores o direito à reintegração ou ao pagamento em dobro da indenização a que faz alusão o art. 9º, compensando-se os valores rescisórios já percebidos, sem prejuízo da imposição de multa administrativa ao empregador que deixar de comunicar a autoridade competente.

Parágrafo único. A pretensão à reintegração deve ser exercida no prazo de 90 dias a partir do trânsito em julgado da ação coletiva que julgar nulas as extinções contratuais.

Art. 22. Esta lei entra em vigor 120 dias após a data de sua publicação.

Art. 23 Revoga-se o disposto no art. 18, § 1.º da lei 8036/90.

Art. 24. Revogam-se as disposições em contrário.

CONCLUSÃO

Se é verdade o antigo adágio de que onde há sociedade, há o direito, também é verdade o fato de que onde há sociedade, há a prestação de trabalho, já que é através do labor que o homem, fundamentalmente, garante sua subsistência. Embora não se ignore que as formas de manifestação da idéia de trabalho possam variar grandemente através do tempo e do espaço, é através dele que o ser humano obtém sua sobrevivência e é mediante seus reflexos econômicos que se desenvolve, buscando seus vários objetivos de vida.

Mesmo antes de existir o Direito do Trabalho como uma clara disciplina jurídica, sujeita a princípios e características próprias, as normas que disciplinam a prestação de trabalho, notadamente através da fundamentação jurídica da relação de poder que a ela está subjacente, possuem um impacto direto sobre a vida do homem economicamente ativo e de seus dependentes. É através dessa disciplina que o direito confere maior ou menor grau de liberdade tanto para o prestado dos serviços quanto para seu eventual tomador. É mediante a regulamentação das relações de trabalho que o indivíduo e aqueles que dele dependem extraem não apenas uma sensação de segurança econômica, como também jurídica. E, evidentemente, é através da apropriada regulamentação que se procura atingir as expectativas sociais dos jurisdicionados, sob pena de generalizar-se o sentimento de injustiça.

Isso não significa, contudo, que o Direito do Trabalho, ou mesmo qualquer outro ramo do ordenamento jurídico, seja o responsável por todos os males das relações de trabalho na sociedade, como alguns acreditam, muito menos que seja a solução messiânica de transformação social, que muitos procuram lhe conferir. Na verdade, o impacto que o direito possui sobre a sociedade, mormente aqueles fortemente

vinculados às relações econômicas que lhe são subjacentes, embora sensível, não é decisivo para explicar um determinado estado de coisas em sociedade, e sua capacidade de transformá-la de forma significativa é ainda menor quanto mais se aumente a abrangência da análise. Não se muda a realidade por decreto, e no campo das relações de trabalho isso não é diferente. Como destaca com pertinência Arion Sayão Romita:

Estuda-se o direito do trabalho como se fosse um produto da razão, constituído por categorias mentais imunes à ação do tempo, quando a visão mais apropriada é aquela que revela ser o direito aderente a uma realidade social

...

A verdadeira configuração das relações de trabalho no meio social é função muito mais da correlação de forças decorrentes do exercício do poder político e econômico do que das frases contidas no texto legal lançado sobre uma folha de papel²¹⁹.

Países com orientações trabalhistas absolutamente distintas por vezes apresentam o mesmo grau de desenvolvimento relativo, enquanto outros que seguem basicamente a mesma inspiração apresentam diferenças sociais gritantes. As relações de trabalho estão muito mais vinculadas às condições econômicas em geral da sociedade na qual se inserem, assim como suas próprias características sociais, do que se devem à sua regulamentação trabalhista.

Não obstante, o Direito do Trabalho responde a determinados anseios sociais, que, se não alteram substancialmente o desempenho econômico de uma determinada nação, são tão mais importantes à medida que se reduz o espectro de análise de seus efeitos, até se chegar ao seus mínimos denominadores, o indivíduo trabalhador e o empreendedor. É nessa análise microscópica que a disciplina das relações de trabalho começa a produzir seus resultados, concretamente contribuindo ou negligenciado para satisfazer os interesses jurídicos em jogo.

Se o trabalho é fonte de subsistência do homem, e o Direito do Trabalho existe para discipliná-lo, é evidente que, acima de tudo, o Direito do Trabalho existe para proteger essa relação e garantir, sobretudo, que o homem seja capaz de garantir sua subsistência em sociedade. Preferencialmente, tal subsistência deve ser garantida mediante a proteção tanto ao prestador do serviço, que de sua mão-de-obra se sustenta, como do empregador, que, no mínimo, empenha o capital destinado à sua própria sobrevivência no empreendimento que gera o posto de trabalho. Em uma economia

ideal, todo o capital está empenhado em empreendimento bem-sucedido e toso ser humano é capaz de garantir sua própria sobrevivência a partir da prestação de seus serviços.

Sabe-se, contudo, que independentemente da forma de produção adotada por uma sociedade, que a economia não funciona de forma perfeita. Capitais são investidos, e perdidos, em empreendimentos malogrados, enquanto postos de trabalho são criados e destruídos com volatilidade proporcional, ou ainda maior. Essas circunstâncias geram situações de desemprego e desamparo que frustram a finalidade do direito do trabalho, e a evolução da sociedade demanda ao menos uma mínima participação do Estado no sentido de, se não propriamente intervir para corrigir essa situação, ao menos criar condições e políticas públicas que garantam a sobrevivência dos sujeitos atingidos por essas crises e lhes dêem condições de serem capazes de retornar a garantir sua própria subsistência.

É evidente que tais políticas públicas, se podem se apresentar na forma de legislação, não se enquadram propriamente no Direito do Trabalho, eis que elas surgem e se fazem mais necessárias precisamente na ausência de trabalho, mas sua função suplementar é evidente. Por outro lado, se não é possível afirmar, categoricamente, que o Direito do Trabalho seja o responsável pela criação de desemprego, e tampouco que sirva de panacéia para curar esse mal, não há dúvida de que seus institutos se prestam a conferir maior segurança aos envolvidos nas relações de trabalho, e contribuir para criar condições que permitam a satisfação das expectativas jurídicas e econômicas envolvidas, conjugando os anseios diversos de prestador e tomador dos serviços. Por certo, se de um lado o direito do trabalho não pode ignorar as necessidades do empregador, fundamentalmente o responsável pela criação, manutenção, e eventual destruição dos postos de trabalho, também não pode desamparar o trabalhador, deixando-o à mercê do arbítrio ou capricho do proprietário dos meios de produção, sujeito, como qualquer ser humano, a comportamentos iníquos, caprichosos ou puramente abusivos da autoridade que possui. Como assinalam Peter Auer e Sandrine Cazes:

The challenge lies in finding the right balance between stability and flexibility, so that it corresponds to the needs of workers and their families and firms alike, and leads to more decent jobs and a better working life that is also more productive²²⁰.

²¹⁹ ROMITA, Arion Sayão. op. cit. p. 76/87

²²⁰ AUER, Peter; CAZES, Sandrine. op. cit. p. 21

O impacto maior da disciplina jurídica trabalhista, portanto, é muito mais individual, relativamente às expectativas sociais das pessoas físicas ou jurídicas envolvidas nas relações de trabalho e às relações de poder que lhe são subjacentes, do que propriamente macroeconômico. Do ponto de vista individual, modificações na legislação trabalhista podem ter impacto drástico sobre as condições de vida de certos trabalhadores e empregador, mas do ponto de vista global, o impacto econômico e social de tais modificações é desprezível, o que não retira sua importância porque, ao final, o que os sujeitos de direito esperam é que o direito do trabalho seja capaz de conferir a tutela individual adequada à suas próprias circunstâncias específicas.

No que diz respeito aos contratos de trabalho, esses efeitos individuais são ainda mais gritantes. É verdade que, dependendo do tamanho do empreendimento, bem como da quantidade de trabalhadores envolvidos, é possível que a disciplina contratual seja diferenciada com vistas a proteger a sociedade local que por vezes pode depender da existência desse empreendimento. Mas na maioria dos casos, a disciplina do contrato de trabalho, em especial no que se refere à sua terminação, está diretamente vinculada ao bem-estar e segurança jurídica e econômica do trabalhador envolvido, e indiretamente de seus próprios dependentes. Viu-se durante o presente trabalho que a evolução das relações de trabalho caracterizou-se pela maior garantia de liberdade contratual ao empregado durante grande parte de sua história, até o momento em que essa liberdade passou a existir em detrimento do sentimento de segurança do trabalhador, sendo necessário então equilibrar as expectativas de liberdade e segurança, ideais que via de regra são antagônicos.

A segurança econômica do trabalhador, nesse caso, é atingida mediante três políticas legislativas diferentes: 1) a proteção à contraprestação pecuniária a que faz jus (salário); 2) à garantia de continuidade da relação, estabelecendo-se o contrato por prazo indeterminado como regra; 3) políticas de amparo ao trabalhador desempregado, visando fundamentalmente sua subsistência e recolocação no mercado de trabalho. Já a segurança jurídica diz respeito à proteção da boa-fé e lealdade contratual que devem imperar no contrato de trabalho, desde sua criação, até, em especial, sua extinção. Nesse sentido a lei busca restringir as possibilidades de abuso da supremacia jurídica do empregador, tolhendo em grande parte seu "*ius variandi*" e estabelecendo sanções e desestímulo à cessação do contrato de trabalho até, em última instância, demandar que o trabalhador ao menos saiba as razões objetivas que determinaram a extinção contratual.

Não se trata aqui da antiga estabilidade que existia no Brasil, que além de uma garantia jurídica, também revestia uma garantia econômica, mas que atentava contra as necessidades da empresa, mas sim de estabelecer uma política legislativa que privilegie a dignidade do trabalhador e não o torne alvo de atos abusivos do empregador, ou praticados por mero capricho, mas valorizá-lo enquanto parte do contrato de trabalho no sentido de mantê-lo até que se apresente legítima justificativa para sua extinção por iniciativa do empregador.

A proteção da relação de trabalho contra a despedida sem justa causa ou arbitrária, revela, evidentemente uma parte de uma política de emprego do país, mas não se traduz numa forma de combate ao desemprego. É equivocado afirmar que a estabilidade é uma forma de combate ao desemprego, porque o desemprego não surge apenas em função da extinção de postos de trabalho, mas também da ausência de uma criação de postos correspondentes aos extintos. Da mesma forma, a prática tem demonstrado que essa forma de garantia de trabalho não gera desemprego, cujos índices estão diretamente relacionados ao crescimento econômico do país, e não a maior ou menos facilidade de dispensar os trabalhadores. Demais disso, já se viu que o desemprego no país se deve muito mais à extinção das empresas, terminação dos contratos de trabalho precários ou mesmo ao mercado informal do que propriamente às dispensas sem justa causa. Por outro lado, tal política legislativa tampouco cria empregos, já que a maior garantia de continuidade da relação de trabalho implicaria, quando muito, a maior duração dos contratos existentes (muito embora os dados examinados no curso do trabalho não indiquem uma correlação necessária entre manutenção do posto de trabalho e maior ou menor facilidade para dispensa) o que geraria menor rotatividade da mão-de-obra e, assim, a diminuição de postos de trabalho. Na pior das hipóteses, portanto, tal política implicaria uma menor facilidade de entrada no trabalho de novos trabalhadores, ou de recolocação daqueles que perderam seus postos²²¹, exigindo, assim, uma política complementar que incentive o primeiro

²²¹ Aliás, analisando dados econômicos brasileiro, mesmo sem a disciplina da proteção à garantia de emprego, os pesquisadores do IPEA concluíram em estudo que “a queda da taxa de desemprego com a idade se deve a uma acentuada queda na probabilidade de entrada no desemprego... Com a probabilidade de perder o emprego declina mais rapidamente que a probabilidade de encontrar um, tem-se que a taxa de desemprego declina com a idade”. BARROS, Ricardo Paes; CAMARGO, José Márcio; MENDONÇA, Rosane. p. 26

emprego e a realocação dos trabalhadores no mercado de trabalho²²².

A disciplina da proteção à relação de trabalho prevista no art. 7º, I, da Constituição Federal, portanto, não se destina a suprir uma política de combate ao desemprego, mas, sobretudo, garantir a eficácia da norma constitucional, cuja dignidade é desprezada na mesma medida em que se omite de discipliná-la, assim como conferir ao trabalhador uma dignidade que lhe falta nas relações de trabalho em nosso país, ainda marcadamente caracterizadas por um sistema autoritário de relação de poder, em que se verifica pouco diálogo e confiança entre as partes na relação de trabalho e no mais das vezes abandona o prestador de serviço aos abusos e caprichos do seu tomador. A proteção ao trabalho que se procura imprimir não atenta contra as necessidades da empresa, já que todas elas são reputadas como motivos legítimos para a terminação do contrato de trabalho. O que se procura coibir, apenas, é a sensação de injustiça generalizada do trabalhador que se vê descartado de seu posto de trabalho sem qualquer justificativa, minando, assim, sua dignidade e contribuindo decisivamente para a potencialização dos conflitos sociais.

²²² É claro que o direito à reintegração no emprego, e o maior ou menor grau de estabilidade que se confira a ele geram efeitos de ordem econômica e psicológica que também são levados em consideração. Como destaca Deveali: “La estabilidad, como todas las instituciones, presenta sus ventajas y sus inconvenientes. Ella se propone otorgar al empleado la seguridad del trabajo y de la retribución correspondiente, mientras dure su actividad laboral y hasta que pase a gozar de los beneficios jubilatorios. Esta garantía, si por un lado es un elemento de tranquilidad, y como tal puede influir en forma positiva sobre la dedicación y rendimiento del trabajador, puede, por outro, convertirse en un elemento negativo, disminuyendo hasta anular el espíritu de iniciativa y el deseo de mejoramiento, favoreciendo, en los elementos buenos, la haraganería y el desinterés hacia el trabajo que realizan”. DEVEALI, Mario. op. cit. p. 559. Os efeitos jurídicos e econômicos da manutenção e continuidade do vínculo foram decisivos em prol da tendência em favor da reintegração, enquanto os aspectos psicológicos ressaltados pelo autor, além de escaparem à seara jurídica, parecem muito mais

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Renato Rua. *O regime geral do direito do trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa – estudo comparado entre a legislação brasileira e as legislações portuguesa, espanhola e francesa.* in **Revista LTr**. Março de 2007. Ano 71. n.º 03. São Paulo: LTr, 2007.

ARAÚJO Jr., Francisco Milton. *A concepção do trabalho através dos tempos.* In **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8.ª Região**. V. 35. nº 39 Belém: TRT 8.ª Região, 2002.

AUER, Peter; CAZES, Sandrine (edit.) **Employment stability in an age of stability: Evidence from industrialized countries.** Geneva: International Labour Office, 2002.

BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho.** São Paulo: LTr, 2003.

BARBAGELATA, Hector-Hugo. **O direito do trabalho na América Latina.** Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2005.

BARROS, Ricardo Paes; CAMARGO, José Márcio; MENDONÇA, Rosane. **A estrutura do desemprego no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, 1998

BARROSO, Luís Alberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. São Paulo: Renovar, 2006

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. 2.º vol. São Paulo: Saraiva, 1999

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002

BIAVASCHI, Magda Barros. **O direito do trabalho no Brasil – 1930-1494: a construção do sujeito de direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007.

CABANELLAS, Guillermo. **Tratado de derecho laboral**. Tomo II. Vol. 2: contrato de trabajo. 3. ed. Buenos Aires: Heliasta, 1988

CAMARGO, Antonio Bonival. *Flexibilização garantidora do emprego*. **Revista Trabalho & Doutrina** n. 23 dezembro de 1999. São Paulo: Saraiva

CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4 ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

CATHARINO, José Martins. **Em defesa da estabilidade: despedida versus estabilidade**. São Paulo: LTr, 1978.

CHAHAD, José Paulo Zeetano. *O combate ao desemprego no contexto das transformações do mundo do trabalho: conceitos e sugestões para o caso brasileiro*. **Revista Trabalho & Doutrina** n. 23 dezembro de 1999. São Paulo: Saraiva, 1999.

CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. **Trabalho na constituição: direito individual**. Vol. I. São Paulo: LTr, 1989.

CORSEUIL, Carlos Henrique; RIBEIRO, Eduardo Pontual; SANTOS, Daniel; DIAS, Rodrigo. **Criação, destruição a realocação de emprego no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, 2002.

COSTA, Marcelo Freira Sampaio. *A inconstitucionalidade da Convenção n.º 158, da OIT: um grave equívoco*. **GENESIS: Revista de direito do trabalho**. Nº 83. novembro de 1999. Curitiba: Gêneseis, 1999

COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. Martins Fontes, São Paulo: 1998.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder punitivo trabalhista**. São Paulo: LTr, 1999.

DAHRENDORF, Ralf. **As classes e seus conflitos na sociedade industrial**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

DALA BARBA, Amanda Pauline. **A força normativa dos princípios na constituição de 1988: um estudo através da arguição de descumprimento de preceito fundamental**. 2005. Monografia (graduação em direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Inovações na legislação do trabalho: aplicação e análise crítica**. São Paulo: LTr, 2000

DALLEGRAVE NETO, José Affonso; VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Rescisão do contrato de trabalho: doutrina e prática**. São Paulo: LTr, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 3.^a ed. São Paulo: LTr, 2004.

DEVEALI, Mario. **El derecho del trabajo: en su aplicación y sus tendencias**. Tomo I. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1983

DIEESE. **Anuário dos trabalhadores: 2007**. 8.ed. São Paulo: DIEESE, 2007.

ESTEVE, Eugenia Revilla. *El escenario europeo y comunitário de la relación de trabajo bajo el prisma que ofrece la figura del trabajador*. **Revista Crítica Jurídica**. nº 21. Curitiba: Linarth, 2002.

FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

FREITAS, Ney José. **Dispensa de empregado público e princípio da motivação**. Curitiba: Juruá, 2002.

GALANTINO, Luisa. **Diritto del lavoro**. Torino: Giappichelli Editore, 1996

GASTALDI, J. Petrelli. **Elementos de economia política**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GIGLIO, Wagner Drdla. **Justa causa**. 5.^a ed. São Paulo: LTr, 1994.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HASSON, Roland. **Desemprego e desproteção**. Curitiba: Juruá, 2006.

HASSON, Roland (coord.) **Direito dos trabalhadores e direito fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2003

HASSON, Roland; VILLATORE, Marco Antônio César. **Direito do trabalho: análise crítica**. Vol. I. Curitiba: Juruá, 2006.

HOFFMAN, Fernando. **O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003

JAVILLIER, Jean-Claude. **Manual de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1988.

JEVONS, William Stanley. **A teoria da economia política**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

KROTOSCHIN, Ernesto. **Manual de derecho del trabajo**. 4. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993

LACERDA, Dorval. **A falta grave no direito do trabalho**. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Edições trabalhistas, 1989.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Constituição e direitos sociais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 1997.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. *A estabilidade do servidor público*. **Genesis: Revista de direito do trabalho**. Nº 122. fevereiro de 2003. Curitiba: Gêneseis, 2003.

MACIEL, José Alberto Couto. *A inconstitucionalidade da despedida arbitrária frente ao texto da Constituição de 1988 e a conseqüente reintegração do empregado*. **Revista LTr**. Março 1999. Ano 63. São Paulo: LTr, 1999

MAGANO, Octavio Bueno; MALLETT, Estevão. **O direito do trabalho na constituição**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993

MAGANO, Octavio Bueno. **Política do trabalho**. São Paulo: LTr, 1992

MELGAR, Alfredo Montoya. **Derecho del trabajo**. 17.^a ed. Madrid: Tecnos, 1996.

MELHADO, Reginaldo. **Poder e sujeição: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação**. São Paulo: LTr, 2003.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005

MORAES FILHO, Evaristo. **A justa causa na rescisão do contrato de trabalho**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do trabalho na constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

NICOLINI, Giovanni. **Manuali di diritto del lavoro**. 2. ed. Milano: Giufrè, 1996

OLEA, Manuel Alonso. **Da escravidão ao contrato de trabalho**. Curitiba: Juruá, 1990.

PASTORE, José. **A agonia do emprego**. São Paulo: LTr, 1997.

PERONE, Gian Carlo; SCHIPANI, Sandro (coord.). **Princípios para um “código-tipo” de direito do trabalho para a América Latina**. São Paulo: LTr, 1996.

PRADO, Ney. **Economia informal e direito no brasil**. São Paulo: LTr, 1991.

PRADO, Ney (coord.). **Reforma trabalhista: Direito do trabalho ou direito ao trabalho?** São Paulo: LTr, 2000

PRUNES, José Luiz Ferreira. **Justa causa e despedida indireta**. Curitiba: Juruá, 1995.

RANDS, Maurício. *A convenção 158 da OIT continua em vigor depois de denunciada pelo Poder Executivo?* **GENESIS: Revista de direito do trabalho**. Nº 54. junho de 1997. Curitiba: Gênesis, 1997

RODRIGUES, Aluisio. **Direito constitucional do trabalho**. vol. II. São Paulo: LTr, 1997.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTr; Ed. da Universidade de São Paulo, 1978.

ROMITA, Arion Sayão. **Direito do trabalho: temas em aberto**. São Paulo: LTr, 1998.

RUIZ, Maria Luz Veja (edit.). **La reforma laboral en América Latina**. Lima: Oficina Internacional del Trabajo, 2001.

SANSEVERINO, Luisa Riva. **Curso de direito do trabalho**. Tradução de Elson Guimarães Gottschalk. São Paulo: LTr, 1976.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 22^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas**. Vol. I. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

SOARES FILHO, José. **A proteção da relação de emprego: análise crítica em face de normas da OIT e da legislação nacional**. São Paulo: LTr, 2002.

SOUZA, Daniela Lustoza Marques. *A precarização das relações de trabalho e a desestabilização dos vínculos sociais*. **Revista Trabalhista: Direito e processo**. Vol. VII. Jul./ago.set./ 2003. Rio de Janeiro: Forense, 2003

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 3.^a ed. São Paulo: LTr, 2000

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998

TOCQUEVILLE, Alexis. **Ensaio sobre a pobreza**. Rio de Janeiro: Univercidade, 1999.

VIANNA, Márcio Túlio. *Proteção ao emprego e flexibilização: onde termina o discurso e começa a realidade*. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15.^a Região**. n° 20. jul/set.2002. São Paulo: LTr, 2002.

WALDRAFF, Célio Horst. **O tratamento jurídico do empregador insolvente e a (nova) lei de falência**. Curitiba: Gênese, 2003.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade**. São Paulo: LTr, 2006.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)