

MARIA HELENA TOMASSI

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
E A DESPEDIDA ARBITRÁRIA

MESTRADO EM DIREITO

UNIFIEO - CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO

OSASCO - SP

2008

MARIA HELENA TOMASSI

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA,
E A DEPEDIDA ARBITRÁRIA

MESTRADO EM DIREITO

INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
OSCAR DE FREITAS
OSCAR DE FREITAS

2008

T

T614d

MARIA HELENA TOMASSI

**A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DESPEDIDA
ARBITRÁRIA**

MESTRADO EM DIREITO

**UNIFIEO – CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO
OSASCO/SP
2008**

MARIA HELENA TOMASSI

**A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DESPEDIDA
ARBITRÁRIA**

OSASCO/SP
2008

MARIA HELENA TOMASSI

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DESPEDIDA ARBITRÁRIA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, para obtenção do título de mestre em Direito, tendo como área de concentração Positivção e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos, dentro do projeto Colisão e Controle dos Direitos Fundamentais, inserido na linha de pesquisa Efetivação Jurisdicional dos Direitos Fundamentais, sob a orientação do Professor Doutor Domingos Sávio Zainaghi.

OSASCO/SP

2008



CDU ..T.....
PHA T614d.....
.....
.....
.....
ASS.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DESPEDIDA ARBITRÁRIA

MARIA HELENA TOMASSI

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, para obtenção do título de mestre em Direito, tendo como área de concentração Positivção e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos, dentro do projeto Colisão e Controle dos Direitos Fundamentais, inserido na linha de pesquisa Efetivação Jurisdicional dos Direitos Fundamentais, sob a orientação do Professor Doutor Domingos Sávio Zainaghi.

Osasco, de de 2008.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Domingos Sávio Zainaghi (orientador)

A meu filho Matheus, meu amor incondicional.

A meu marido Luiz Carlos, minha admiração.

A minha mãe, por tudo.

Ao Dr. Cassio Monteiro, a quem tanto devo.

A Dra. Yone Frediani, um anjo da guarda enviado por Deus.

AGRADECIMENTOS ESPECIAIS

Ao meu orientador, Professor Doutor Domingos Sávio Zainaghi, a quem devo a realização e conclusão deste trabalho. Minha eterna gratidão pela confiança, incentivo e carinho, com quem pude não só aprender , mas também vivenciar os primeiros passos de a vida acadêmica de docente.

À Dra. Adriana Zawada Melo, à Dra. Márcia Cristina de Souza Alvim, ao Dr. Celso Antonio Pacheco Fiorillo e ao Dr. Antônio Cláudio da Costa Machado, exemplos que levo para a vida.

A Nadja Polezer, por sua grandeza interior, com quem pude contar nos momentos mais difíceis.

Aos meus queridos amigos: Karina Gonzalez, Márcio Hernandes, Nordson Carvalho, Paulo Maluf e Rosa Maria Soto Riva, pessoas especialíssimas, companheiros de Mestrado.

Ao Professor Claude Silva Lima, pela paciência na revisão deste trabalho.

RESUMO

A dignidade da pessoa humana e o trabalho, no Estado Democrático de Direito, constituem direitos fundamentais cuja antítese, neste estudo, é a despedida arbitrária.

Considerada como a despedida sem qualquer justificativa por parte do empregador, aguarda, ao lado da despedida sem justa causa, providência legislativa há quase duas décadas.

Considerado como “piso vital mínimo”, o trabalho é um dos direitos sociais fundamentais, inserido no art. 6º. da CF, que, em concomitância com a dignidade da pessoa humana, são incompatíveis com a cessação do contrato de trabalho sem qualquer motivação, ainda mais, quando o trabalhador é despedido após vários anos de serviços prestados ao mesmo empregador e em idade madura, pois arranca-lhe, nos dias atuais de escassez de emprego, não só a possibilidade de retorno ao mercado de trabalho, como também a sua própria subsistência e a de sua família.

A graduação de multas sobre o saldo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço que privilegie os empregados antigos e em idade madura é um critério que deveria ser analisado pelo legislador complementar, pois harmoniza-se com a principiologia constitucional de dignidade humana e os valores sociais do trabalho.

Traçar uma indenização diferenciada para esses empregados significa fazer justiça para aqueles que, por vários e vários anos, contribuíram para o crescimento da empresa.

O texto Constitucional permite a graduação de multas sobre o FGTS, o que ampliaria essa proteção diferenciada, pois o Direito do Trabalho é considerado plurinormativo, bastando que o legislador saia de seu imobilismo de quase duas décadas e regule a matéria.

Palavras-chave: Despedida arbitrária; despedida sem motivação; dignidade do trabalhador; despedida de empregados antigos, função social da empresa.

ABSTRACT

Two of the most important fundamental rights that characterize a democratic nation are individual dignity and the right to work. Arbitrary firings and unsafe working conditions are examples of the eroding power of the labor market.

Arbitrary firing occurs when an employer dismisses an employee without cause. Brazilian workers have been waiting for almost two decades for legislative approval of a law regulating both of these despicable practices: arbitrary firing and firing without cause.

The right to work, at least at a subsistence level, was held to be one of the most fundamental human rights guaranteed under Article 6 of the Constitution of Brazil along with individual dignity. Termination of a labor contract without cause is antithetical to the right-to-work concept as is the arbitrary firing of an employee in his middle years after many productive years with the same company, simply because corporate power behind the scenes considers older workers expendable.

Once unemployed, it is almost impossible for the worker to return to the labor market, which, in the long run, makes life difficult for him to provide for his family. Therefore, new legislation must also provide stipends for family survival.

The underlying idea for new legislation is the creation of a labor law that calls for penalties or punishment against companies on a graduated scale benefiting the employees' FGTS (a Fund that becomes available to employees mainly when they are fired or retired). These penalties should foster better conditions for middle-aged workers who do not have a job. This is a way of rewarding those workers.

The Brazilian Constitution allows a graduated scale of punishment against employers for arbitrary firing. It would surely enlarge a more protected treatment for dismissed middle-aged workers. Labor law in Brazil is quite complex and the solution to this problem requires the concerted political will of all politicians.

Key words: arbitrary firing; firing without a cause; dignity of the employee; dismissal of middle aged workers; social role of companies.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	12
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	16
1.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO TRABALHADOR	25
1.3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	33
1.4 PROPOSTA DE CONCEITUAÇÃO JURÍDICA	36
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO	40
3 INSTITUTO DA ESTABILIDADE	49
3.1 CONCEITO	49
3.2 O SURGIMENTO DO INSTITUTO DA ESTABILIDADE	50
3.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL E O TRABALHADOR	51
3.4 PROBLEMA DO INSTITUTO DA ESTABILIDADE DECENAL PARA AS EMPRESAS	56
3.5 O INSTITUTO DA ESTABILIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	57
3.6 ESTABILIDADES PROVISÓRIAS	60
4 DESPEDIDA ARBITRÁRIA	64
4.1 ALGUNS DIPLOMAS PERTINENTES AO TEMA	67
4.1.1 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, DE 1948..67	
4.1.2 TEORIA DA NULIDADE DA DESPEDIDA ARBITRÁRIA NA ALEMANHA	70
4.1.3 RECOMENDAÇÃO No.119 DA OIT, DE 1963	73
4.1.4 CONVENÇÃO No. 158 DA OIT SOBRE DESPEDIDA ARBITRÁRIA – 1982	76
4.1.4.1 Aspecto formal	77
4.1.4.2 Aspecto substancial.....	78
4.2 CONCEITO DE DESPEDIDA ARBITRÁRIA	87
4.3 ESPÉCIES DE DESPEDIDA	91
4.4 DISTINÇÃO ENTRE DESPEDIDA ARBITRÁRIA E SEM JUSTA CAUSA....	96
5 DESPEDIDA ARBITRÁRIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	99

5.1 CONTEÚDO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ART. 7º, INCISO I, DA CF	99
5.2 DA ILICITUDE DA DESPEDIDA ARBITRÁRIA	118
6 RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA	129
6.1 O DIREITO DE PROPRIEDADE E A FUNÇÃO SOCIAL	133
6.2 A PROPRIEDADE EMPRESARIAL E SUA FUNÇÃO SOCIAL	137
6.3 TEORIA DA RESPONSABILIDADE SOCIAL DE RYUZABURO KAKU	139
CONCLUSÃO	144
BIBLIOGRAFIA	147
ANEXOS	156

O homem precisa de trabalho, assim
como o pássaro, de voar.¹

¹ Autor desconhecido.

INTRODUÇÃO

O trabalho permite ao trabalhador, de seu esforço, retirar o sustento para si e sua família, sob condições de dignidade, objetivando além da sobrevivência, um mundo mais justo e mais fraterno.

O objetivo deste trabalho é a análise de um dos institutos que mais ferem a dignidade do trabalhador: a despedida arbitrária. Ainda mais, quando este trabalhador esta em idade madura e com muitos anos de serviços prestados ao mesmo empregador.

Trata-se de um assunto melindroso e, talvez, por esse motivo, aguarda providência legislativa há 19 anos. Poucos autores debruçaram-se especificadamente sobre o tema, havendo, portanto, escassez de obras.

Pretende-se apresentar no primeiro capítulo, como os valores humanos foram tratados pelos diversos filósofos, desaguando no que chamamos contemporaneamente em dignidade da pessoa humana, sua relação com o trabalhador, como esta dignidade foi tratada na Constituição Federal e uma proposta de conceito jurídico.

A evolução do Direito do Trabalho será o segundo capítulo apresentado, tendo como objetivo demonstrar o desenvolvimento dinâmico das relações de trabalho no tempo até os dias atuais. Será importante lembrarmos o instituto da estabilidade dada sua importância para o desenvolvimento do tema da despedida arbitrária, o que será visto no capítulo terceiro.

Superada as etapas acima, iniciará o tema escolhido: A despedida arbitrária, no quarto capítulo.

O foco temático estará voltado àqueles empregados despedidos, sem qualquer justificativa, após vários anos de trabalho dedicados ao mesmo empregador e com idade madura.

Assim, ficará ao largo a cessação no âmbito das relações coletivas (embora cabíveis, pois o texto constitucional não faz tal distinção), bem como a referência aos trabalhadores estatutários, tendo em vista a relação existente ao direito administrativo

O instituto da despedida arbitrária à luz da Constituição Federal será objeto de estudo no capítulo no. 5.

Pretende-se discorrer, também, sobre a Convenção N. 158 da OIT, não obstante a denúncia do Governo brasileiro, por que se entender que o parâmetro deste tratado internacional se coaduna com os objetivos do art. 7º, inc. I. da Constituição Federal.

A despedida arbitrária reveste-se na atualidade de uma questão de interesse social, tendo em vista o desemprego, principalmente dos empregados mais antigos, cujos empregadores, após o pagamento da multa do art. 10, inc. I dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, "livram-se" da responsabilidade social e, por esse motivo, o tema será examinado.

A Responsabilidade Social da empresa, será objeto do capítulo no. 6, e terá como destaque, a teoria de Ryuzaburo Kaku sobre o *Kyosei*, equivalente ao nosso princípio da função social da empresa do art. 170, inc. III da CF, donde depreende-se que o empregador é responsável pela dignidade de seus empregados, principalmente em relação aos antigos.

A expectativa é a de que futura lei complementar vislumbre proteção para os empregados antigos e de idade madura, não só pelos aspectos físico-químicos, que a despedida nesse estágio da vida acarreta para a dignidade do trabalhador e sua família, mas, sobretudo pela principiologia constitucional, estar baseada na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho

1. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

“o primado da pessoa é o ser, não o ter...”¹

O ser humano é um indivíduo diferente dos demais seres da natureza, portador de singularidade e características que o tornam superior a eles. Sua racionalidade permite-lhe compreender o mundo e portar-se conforme sua compreensão. Para expressar essa vontade, a liberdade é fator essencial. Essa liberdade é a objetiva, limitada pela própria natureza.

Porém, para se chegar a esse alicerce acerca de um conceito de pessoa humana e seu conhecimento, houve um longo desenvolvimento, ainda em constante evolução.

Fábio Konder Comparato assim relata sua origem:

...no relato bíblico da Criação, o mundo não surge instantaneamente, completo e acabado, das mãos do Criador. As criaturas vão-se acrescentando, uma às outras, como etapas de um vasto programa, simbolicamente ordenado na duração de um ciclo lunar. O primeiro casal humano só entra em cena na derradeira etapa do processo genesíaco, quando todos os demais seres terrestres já haviam sido engendrados. Na tradição eloísta, o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus (Gn 1,26-27).²

Nesse momento, Deus passou a ser o paradigma dos homens,³ mas ainda não se tinha um conceito de pessoa humana.

¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Direitos fundamentais. 3^a. ed. ver. e actual. Coimbra: Coimbra Ed., 2000, p. 169

² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3^a ed. ver. ampl., 2^a Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5-6.

³ *Ibid*, p. 17.

Na Idade Média, Severino Boécio apresenta o primeiro conceito de pessoa, posteriormente adotada por Santo Tomás de Aquino: "É o indivíduo existente na natureza racional".⁴

É Rodolfo Luís Vigo quem afirma que:

Na antropologia tomista, o homem é união substancial de corpo e alma, desse modo por razão de seu corpo coincide com os seres materiais e pertencentes ao mundo sensível, mas por sua alma integra o mundo espiritual. A alma, criada por Deus, está destinada a unir-se como forma substancial a um corpo para constituir um indivíduo humano, e sendo a forma dessa matéria está dando sua determinação essencial todo o composto, e a alma está toda em todo e em cada parte do corpo.⁵

No início da Idade Média, com os escolásticos, inicia-se uma concepção sobre a pessoa humana, composta de alma e corpo a todos os homens, sem distinção, como princípio de igualdade. "E é essa igualdade de essência da pessoa que forma o núcleo do conceito universal de direitos humanos".⁶

Com Kant, em sua obra sobre os Fundamentos para a Metafísica dos Costumes, o conceito de pessoa agrega o atributo da racionalidade:

A questão não é saber se isto ou aquilo acontece, mas sim que a razão por si mesma e independentemente de todos os fenômenos ordena o que deve acontecer; de forma que ações, de que o mundo até agora talvez não deu nenhum exemplo, de cuja possibilidade poderá duvidar até aquele que tudo funda na experiência, podem ser ordenadas pela razão...⁷

E, também, com a capacidade do homem de autogovernar-se:

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. ver. e ampl., 2ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5-6

⁵ VIGO, Rodolfo Luis. *Vision Crítica de la Historia de la Filosofia Del Derecho*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1984, p. 42

⁶ *Ibid*, 19-20.

⁷ SOUZA, César Romero Fagundes de. **Sobre imperativo categórico**. Disponível em <<http://puhrs.campus 2.b/rcsouza/docs/impacateg.br.doc>>. Acesso em 27 de novembro, 2007. Texto adaptado de Fundamentação da metafísica dos costumes (1786), de Immanuel Kant.

...a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condição de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.⁸

Ressalta-se, porém, que a máxima de Kant sobre todo homem ter dignidade e não preço, por ter vontade racional e autonomia, não foi um argumento suficientemente irresistível que impedisse que o nazismo transformasse o homem em coisa, nos campos de concentração da Alemanha.

A bem da verdade, séculos atrás, o próprio Cristianismo, com a máxima que o homem foi criado à imagem e à semelhança de Deus, conviveu muito bem com a escravidão (no Brasil até 1888) e outros etnias colonizadas, como africanos e asiáticos. O que não dizer das Cruzadas!

Percebe-se, assim, que a igualdade entre os homens é formal, e existente até hoje, com as dificuldades de sua efetivação. É Bobbio quem assevera sobre o problema dos fundamentos dos direitos do homem:

quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e oposições.⁹

Na evolução sobre o conceito de pessoa humana, Pico della Mirandola é outro ícone.

Em seu Discurso aos padres sobre a dignidade do homem, em síntese, procurou demonstrar que Deus, após ter criado todos os seres, criou o Homem, de condição superior e capaz de entender sobre si e “também pelos astros e até pelos

⁸ COMPARATO, Fábio Konder, **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed., ver. e ampl., 2ª Tiragem, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5-6.

⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 43-44.

espíritos supramundanos”¹⁰, concedendo-lhe livre arbítrio, ou seja, a liberdade e a dignidade de sua existência.

E está em contínuo processo de transformação: “a essência do ser humano é evolutiva, porque a personalidade de cada indivíduo, isto é, o seu ser próprio, é sempre, na duração de sua vida, algo de incompleto e inacabado, uma realidade em contínua transformação. Toda a pessoa é um sujeito em processo de vir-a-ser”.¹¹

Outro documento marcante no processo de elaboração de um conceito sobre a pessoa humana é a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, de 1948, que formaliza todas as concepções sobre os atributos do ser humano e destaca no art. 1º. que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos, dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com o outro em espírito e fraternidade.”

E mais, “Art. 6. Todo homem tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei”.

É por meio da convivência em sociedade que o homem busca a perfeição.

É Aristóteles quem diz ser o homem um animal político, detentor de *logos*, da palavra, e, vivendo em sociedade, usa-a para a discussão sobre o bem e o mal.¹²

E recorre-se a Carlos Ignacio Massini Correias para inteira-se a idéia:

a perfeição humana não se realiza por um mero acidente ou azar, senão que essa perfeição é o propósito ou o objetivo em razão do qual os homens se reúnem em sociedade. (...) não existe comunidade alguma que não se estruture sobre as bases de um objetivo comum, que justifique racionalmente a ordem de interações em que ela consiste.¹³

Numa visão maior, é perceptível que cabe ao Estado organizar a sociedade como tal e permitir ao homem que atinja sua finalidade, pois é o homem o único fundamento do Estado.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 51-53.

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder, **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed., ver. e ampl., 2ª Tiragem, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29-30.

¹² ARISTÓTELES. **A Política**. Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 146.

¹³ CORREAS, Carlos Ignacio Massini. **Filosofia Del Derecho: El derecho y los derechos humano**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 131.

Segundo Daniel Sarmento, o Estado tem não só o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, como também o de promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano.¹⁴

É o que o art. 6º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil dispõe sobre o mínimo existencial.

“São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Este é uma tentativa de situar o homem no mundo, que nas generosas palavras de Fábio Konder Comparato, bem a exemplo de Picco della Mirandola, é:

a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais.¹⁵

Assim, o homem é um complexo de valores, único com atributo de amar, realizar e pensar, valores estes que precisam ser salvaguardados pelo Estado, sem os quais não há como se falar em dignidade humana.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Desde o Antigo Testamento, há referências ao valor da pessoa humana, traçadas pelos ideais da religião cristã. No primeiro livro do Velho Testamento – Gênesis - temos no versículo 1: 26 e 27:

¹⁴ SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 71.

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder, **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed., ver. e ampl., 2ª Tiragem, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29-30.

(26) E disse Deus: Façamos o homem à nossa imagem, conforme à nossa semelhança; e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre o gado, e sobre toda a terra, e sobre todo o réptil que se move sobre a terra.

(27) E criou Deus o homem à sua imagem; à imagem de Deus o criou; macho e fêmea os criou. ¹⁶

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica¹⁷, temos como precedente a Grécia, onde o indivíduo tinha valor relativo, pois só alguns participavam das decisões – o cidadão - os homens possuidores de bens e direitos políticos, podiam votar e ser votados – só estes tinham dignidade, excluía-se, portanto, os escravos, os despossuídos, as mulheres e crianças, ou seja, considerava-se a posição social em que o indivíduo ocupava na sociedade como medida de sua dignidade. Para Ingo W. Sarlet, havia pessoas dignas e outras, menos dignas¹⁸.

Oportuno se torna dizer, pelo conteúdo programático da dignidade humana, na Grécia, a exemplo da tragédia literária “Antígona”, a qual demonstra os valores de formação dos direitos fundamentais.

Na tragédia de Antígona, Creonte, seu tio, que herda o trono e proíbe-a enterrar seu irmão Polinice. Antígona, indignada, tenta convencer o rei a enterrá-lo, porém, lhe é negado.”¹⁹ Antígona, inconformada, enterra Polinice com as próprias mãos e é pega. Seu tio Creonte determina que Antígona seja enterrada viva. Ismênia, irmã de Antígona, oferece-se para morrer em seu lugar, mas Antígona não aceita e morre.

Observa-se, talvez, um primeiro precedente do direito natural. Antígona alega que o direito de enterrar seu irmão vinha dos deuses e era superior à determinação do Imperador.

Na ótica político-filosófica da Antigüidade Clássica, o conceito de dignidade se mesclava ao conceito de status da pessoa na sociedade. Reputava-se como mais digna a pessoa com maior grau de reconhecimento.

¹⁶ A Bíblia Sagrada, p. 2.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 30.

¹⁸ *Ibid*, mesma página.

¹⁹ SÓFOCLES. **Antígona**. Tradução de Donaldo Schüler. Porto Alegre: L&PM, 1999, p 35-36.

Assim não era para os estóicos, para quem todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, por ser esta uma qualidade distintiva do ser humano, que o distingue dos demais seres da Terra.

No pensamento estóico, desenvolveu-se a idéia de direito natural, ligada a moral e à liberdade e, partindo da idéia básica que, se o homem é filho de Zeus, diferencia-se dos demais seres, sendo a dignidade aferida como qualidade intrínseca. Assim,

... todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontra, por sua vez, intimamente ligada à noção da liberdade pessoal da cada indivíduo (o Homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino), bem como à idéia de que todos os seres humanos, no que diz com a sua natureza, são iguais em dignidade.²⁰

Na era medieval, para São Tomás de Aquino, a noção de dignidade encontra seu fundamento no fato de o ser humano ter sido feito à imagem e semelhança de Deus, mas tem capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana.

Na Renascença e no início da Idade Moderna, Pico della Mirandola, levando em conta a racionalidade do ser humano, “advogou ser esta a qualidade que lhe possibilita construir de forma livre e independente sua própria existência e seu próprio destino”,²¹ que entendia que a racionalidade era inerente ao ser humano.

É Giovanni Pico della Mirandola quem afirma que o homem, em face de sua grandeza e superioridade, frente aos demais seres, foi dotado de uma natureza indefinida, para que fosse seu próprio julgador e capaz de ser e obter aquilo que deseja e quer.²²

O filósofo atribui ao homem centralidade sobre todas as coisas:

... pareceu-me ter compreendido por que razão é o homem o mais feliz de todos os seres animados e digno, por isso, de toda a admiração, e qual enfim a condição que lhe coube em sorte na ordem universal, invejável não só pelas

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p.30.

²¹ *Ibid*, p. 31.

²² MIRANDOLA, Pico della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Lisboa: Edições 70, 1989, p. 52-53.

besta, mas também pelos astros e até pelos espíritos supramundanos. Coisa inacreditável e maravilhosa. E como não? Já que precisamente por isso o homem é dito e considerado justamente um grande milagre e um ser animado, sem dúvida digno de ser admirado.²³

E referindo-se sobre a forma que Deus criou o homem, assim discursou:

... tomou o homem como obra de natureza indefinida e, colocando-o no meio do mundo, falou-lhe deste modo: "Ó Adão, não te demos nem um lugar determinado, nem um aspecto que te seja próprio, nem tarefa específica, a fim que obtenhas e possuas aquele lugar, aquele aspecto, aquela tarefa que tu seguramente desejares, tudo segundo o teu parecer e a tua decisão. A natureza bem definida dos outros seres é refreada por leis por nós prescritas. Tu, pelo contrário, não constrangido por nenhuma limitação, determiná-la-ás para ti, segundo o teu arbítrio, a cujo poder te entreguei. Coloquei-te no meio do mundo para que daí possas olhar tudo o que há no mundo. Não te fizemos celeste nem terreno, nem mortal nem imortal, a fim de que tu, árbitro e soberano artífice de ti mesmo, te plasmasses e te informasses, na forma que tivesse seguramente escolhido. Poderás degenerar até aos seres que são as bestas, poderás regenerar-te até às realidades superiores que são divinas, por decisão do teu ânimo."²⁴

Pico della Mirandola, em síntese, procura demonstrar que Deus, após ter criado todos os seres, criou o Homem, de condição superior e capaz de entender sobre si e "também pelos astros e até pelos espíritos supramundanos".²⁵, concedendo-lhe livre arbítrio, ou seja, liberdade e a dignidade de sua existência.

No pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, segundo Ingo W. Sarlet,

a concepção da dignidade da pessoa humana, assim como a idéia do direito natural em si, passou por um processo de racionalização e laicização,

²³ MIRANDOLA, Pico della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Lisboa: Edições 70, 1989, p. 49-51.

²⁴ *Ibid*, mesma página.

²⁵ *Ibid*, p. 51-53.

mantendo-se, todavia a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade.²⁶

Foi, portanto, entre os séculos XVII e XVIII, que a concepção de dignidade da pessoa humana se tornou mais racional e subtraída da concepção religiosa.

Thomaz Hobbes, John Locke e Emmanuel Kant estão entre os teóricos modernos voltados para a concepção de que a sociedade ideal deveria ser organizada visando à felicidade humana e essa sociedade ideal só poderia nascer do respeito aos direitos naturais do homem.

Com o *Leviatã*, Thomas Hobbes idealiza o Estado absolutista autoritário, como uma figura abaixo de Deus e acima dos homens, para o qual estes transfeririam parte de seus direitos, para que fossem protegidos dos inimigos externos e dos próprios homens, que estavam no estado de natureza – guerra de todos homens contra todos pela sobrevivência.

Para Thomas Hobbes, o homem tem livre arbítrio para decidir o que fazer para resguardar sua própria vida, no “estado de barbárie”, pois vive em eterna insegurança.

... O direito natural que os escritores comumente chamam de *Jus naturale* é a liberdade que tem cada um de se servir da própria força segundo sua vontade, para salvaguardar sua própria natureza, isto é, sua própria vida. E porque a condição humana é uma condição de guerra de cada um contra cada um... daí resulta que, nessa situação, cada um tem direito sobre todas as coisas, mesmo até o corpo dos outros... Enquanto dura esse direito natural de cada um sobre tudo e todos, não pode existir para nenhum homem (por mais forte ou astucioso que seja) a menor segurança...²⁷

E só um poder absoluto poderia conter o caos da luta de todos contra todos pela para a obtenção da paz. Mas, para isso, todos deveriam transferir parte de seus direitos ao monstro “*Leviatã*”. Este tudo podia.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 32.

²⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de J.P.Monteiro e M.B.N. da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1997, p. 113.

Hobbes sustenta que ao rei é lícito tudo, inclusive governar de maneira despótica, não porque fosse escolhido por Deus, mas porque o povo lhe deu o poder absoluto (ou soberania), que não pode ser dividido, sob pena de ser destruído. Hobbes defende assim o absolutismo, sem qualquer referência ao direito divino dos reis.²⁸

É o controle da razão humana para a sobrevivência de seus pares, através de um poder absoluto do Estado.

John Locke, mais liberal que Thomas Hobbes, foi

... o primeiro a reconhecer os direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência) uma eficácia oponível, inclusive, aos detentores do poder, este, por sua vez, baseado no contrato social, ressaltando-se, todavia, a circunstância de que, para Locke, apenas os cidadãos (e proprietários, já que identifica ambas as situações) poderiam valer-se do direito de resistência, sendo verdadeiros sujeitos, e não meros objetos do governo.²⁹

John Locke, ao contrário de Thomas Hobbes, defendia a substituição do soberano no caso de abuso de poder³⁰, pois se os homens são livres e iguais são dotados de razão.

Vem do idealismo de Immanuel Kant, talvez, a melhor expressão do conceito lógico-filosófico de dignidade humana.

Concebia o homem como ser racional, que existia como um fim e não como um meio, diferente dos demais seres desprovidos de razão. O fato de essa racionalidade ser comum a todos os seres humanos permitia ao homem ser chamado de pessoa - pessoa humana.

Essa pessoa é possuidora de um valor intrínseco, que seria superior a qualquer outro, e que não poderia ser apreçado, nem substituído. Esse valor intrínseco seria um valor absoluto, uma qualidade absoluta – uma dignidade absoluta. Sendo essa

²⁸ ARAUJO e LUNA, **Duas concepções da filosofia política moderna: Hobbes e Locke**. Disponível em <www.defesa.uff.br/fts/DCFPMHL.pdf>. Acesso em 27 de novembro de 2007.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 47 e 48.

³⁰ ARAUJO e LUNA, op. cit.

dignidade uma qualidade de um ser racional, tem-se, então, a dignidade da pessoa humana, objeto de respeito e proteção.

Em resumo, é com Kant que se formata um processo de séculos de concepções sobre a dignidade da natureza humana. Partindo da racionalidade e autonomia da vontade, como qualidade apenas dos seres humanos, ele sustenta que só estes possuem dignidade.

... no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade...³¹

A partir do que se expôs até então, pode-se perceber a relevância da dignidade da pessoa humana, uma das maiores conquistas da civilização em prol da valorização da pessoa humana, segundo Bobbio: "Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que constituem em poderes".³²

Jorge Miranda sistematiza desse modo as características da dignidade da pessoa humana:

a) a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; b) cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; c) o primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade; d) a proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição de direitos; e) a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.³³

³¹ KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Os pensadores - Kant III. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p.140.

³² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 21.

³³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. t.4 , p. 169.

Com a inserção do princípio da dignidade da pessoa humana no preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos e também em seu art. 1º, proclamando que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, adquiriu ele contornos universalistas.

São diversos os ordenamentos pátrios que asseveram e reconhecem a sua importância e aplicabilidade no meio social.

Em Portugal, Princípios Fundamentais: "Artigo 1º. Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Alemanha:

Art. 1º A dignidade do homem é sagrada e constitui dever de todas as autoridades do Estado seu respeito e proteção. 2- O povo alemão reconhece, conseqüentemente, os direitos invioláveis e inalienáveis do homem como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. 3- Os direitos fundamentais que se enunciam a seguir vinculam o poder legislativo e os tribunais a título de direito diretamente aplicável.

Espanha: "Art. 10.1- La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social."

Sobre a dignidade humana apregoa Luiz Antonio Rizzatto Nunes:

É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais... Dignidade é um conceito que foi elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como valor supremo, construído pela razão jurídica...³⁴

E arremata: "A dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência".³⁵

³⁴ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *O princípio da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

³⁵ *Ibid*, mesma página.

Inserido no art. 1º da Carta Magna brasileira, o princípio da dignidade da pessoa humana, no Estado Democrático de Direito, que é o ordenamento jurídico brasileiro, traz o ideário de justiça, igualdade e dignidade, além dos princípios formais do Estado de Direito, que são: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, encartados no mandamento constitucional.

E, desde o preâmbulo da Carta de 88, ao instituir o Estado Democrático de Direito, tem-se como escopo a dignidade da pessoa humana, “um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais”.³⁶

Instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, 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 e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias....³⁷

O conteúdo do tema “dignidade da pessoa humana” é a vida, e, num Estado Democrático de Direito, este conteúdo tem que ser interpretado em conjunto com os artigos 1º, 2º, 3º e 4º da Carta de 1988, respectivamente, como princípios e objetivos fundamentais.

O Constituinte de 1988 deixou expressamente reconhecido, “... sem precedentes em nossa trajetória constitucional, (...) a dignidade da pessoa humana, como fundamento de nosso Estado democrático de Direito (artigo 1º, III, da Constituição Federal)”³⁸, assim como os valores sociais do trabalho, tanto que para este último reservou o Capítulo II e, também em diversos outros momentos de nossa Constituição, como, por exemplo:

1. no art. 170, *caput*, da CF/88, no capítulo “Da Ordem Econômica e Financeira”: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano

³⁶ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *O princípio da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 50-51.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7ª ed. ver. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 75-76.

³⁸ *Ibid*, p. 65.

e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos **existência digna**, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...); (grifamos), para assegurar a todos uma existência digna;

2. no art. 226, §7º, da CF/88, no capítulo “Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso”, de ordem social: Fundado nos princípios da **dignidade da pessoa humana** e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal...; (grifamos);

3. no art. 277, caput, da CF/88: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente.....**dignidade**.... (grifamos)

Percebe-se até aqui a influência transformadora do homem na evolução da dignidade da pessoa humana, ora de forma objetiva, ora subjetiva, ora na perspectiva de o homem ser feito à imagem e semelhança de Deus; ou em sua racionalidade ou, ora na noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade e no Estado Democrático de Direito.

Sintetizando muito bem, conclui Flávia Piovesan, asseverando que:

A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988, esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.³⁹

1.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO TRABALHADOR

A história da humanidade é marcada por grandes lutas e movimentos sociais na busca de conquistar e garantir direitos essenciais ao homem. As grandes marcas do longo caminho percorrido, em meio às glórias e guerras, estão retratadas em

³⁹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2003, p. 44.

documentos e declarações, que são verdadeiros testemunhos das potencialidades humanas.

Vicente Paulo Barreto afirma que a luta pela proteção dos direitos representa um desafio. Contudo, há casos em que a justificação e fundamentação dos direitos são etapas indispensáveis e indissociáveis de sua proteção e que o reconhecimento das garantias dos direitos humanos nos diferentes sistemas normativos resultou do seu progressivo amadurecimento⁴⁰.

Considerando-se a evolução histórica dos direitos, identificam-se no tempo três períodos e três dimensões de direitos, quais sejam: no século XVIII, os direitos civis; no século XIX, os direitos políticos, e no século XX, os direitos sociais.

Miguel Reale ressalta que é no Cristianismo que a concepção do trabalho adotou contornos de atividade, reconhecida pela ordem jurídica e social⁴¹, em contraste com a Grécia e Roma antiga, como pena, castigo ou penitência.

A valorização do trabalho resulta, nos Evangelhos, mais de fatos do que palavras. Não mais o trabalho-pena ou fatalidade dos gregos, nem o trabalho-expição dos hebreus, mas o trabalho-alegria, por ser trabalho em comunhão afetiva. A concepção do trabalho, como afirmação que o homem faz de si mesmo, e que, por conseguinte, é autonomia, liberdade, alegria, festa e celebrações do espírito, para empregarmos expressões característica de Adriano Tilgher, encontra a sua fonte inspiradora primacial no Cristianismo, desabrochando nas realizações da cultura do maior século medieval e nas esplêndidas conquistas do Renascimento, para representar, hoje em dia, todo o sentido de vida, o magno problema que talvez condiciona todos os outros da ordem social, porquanto o problema da paz é o problema do trabalho com alegria.⁴²

Mas, é no Estado liberal, marcado pelo princípio básico da completa abstenção do Estado sobre as relações sócio-econômicas de produção e distribuição

⁴⁰ BARRETO, Vicente Paulo. **Reflexões sobre os direitos sociais**. Boletim de Ciências Econômicas. Coimbra, 2003, p. 5.

⁴¹ REALE, Miguel. **Questões de Direito Público**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 22-23.

⁴² *Ibid*, mesma página.

de bens, que ocorre a coisificação do homem trabalhador, e a sua dignidade preterida em nome da liberdade de contratar entre os particulares.

Na concepção liberal, os homens são dotados de igual capacidade; fundando-se na igualdade formal e abstrata, ocultando, porém, uma realidade de desigualdades econômicas, sociais e políticas.

Tem-se, então, o retrato de um homem sem dignidade e com preço mínimo, ao contrário do que Kant pregava.

O Liberalismo Clássico traduz o pensamento econômico do *laissez-faire*, *laissez-passer*, deixando aos cidadãos a possibilidade do exercício da livre concorrência, entendendo que o egoísmo de cada indivíduo contribuiria para a melhoria do todo. A ideologia liberal demonstra-se individualista, baseada na salvaguarda dos interesses individuais. Importante frisar que a base fundamental do Estado liberal se consubstancia no direito de propriedade, absoluto e intocável.

Com o advento da Idade Moderna, na transição do sistema de produção feudal para o capitalista, nasce a primeira dimensão de direitos fundamentais, produto de lutas entre a classe burguesa e a nobreza privilegiada, "os direitos humanos, em seu primeiro momento moderno, (...) são a expressão das lutas da burguesia revolucionária com base na filosofia iluminista e na tradição doutrinária liberal".⁴³

O individualismo dos séculos XVII e XVIII presentes no Estado Liberal, e a não intervenção desse Estado na problemática social e econômica acabam por conduzir os homens a um capitalismo desumano.

A transformação no processo produtivo fez com que se formasse uma nova classe social: o proletariado, que passa a lutar por direitos, posto que não tinha meios de usufruir os direitos de primeira dimensão. Porque, em verdade, a liberdade e a igualdade propaladas nas declarações de direitos do Estado Liberal permaneciam apenas no plano formal, pois o direito de liberdade era mera "representação do livre exercício das atividades econômicas sem as limitações impostas à produção e à circulação das mercadorias".⁴⁴

⁴³ DORNELLES, João Ricardo Wanderley. **O que são direitos humanos?** São Paulo: Brasiliense, 1995, p. 21.

⁴⁴ Ibid, p.25.

No século XIX, os desajustamentos e misérias sociais são agravados pela revolução industrial e tomam proporções inimagináveis. Nessas circunstâncias, o Estado já não pode mais se omitir frente aos problemas sociais e econômicos.

Denunciando essa situação, o proletariado reage através do movimento sindical, com fundamento no pensamento socialista de grande influência marxista, reivindicando novos direitos. Esses novos direitos se constituirão, então, na segunda dimensão dos direitos humanos, denominados de direitos sociais, econômicos e culturais, fundados no princípio da igualdade material.

Marx retrata o momento histórico da época com “O Manifesto do Partido Comunista”, de 1848, pregando:

1. liberdade e igualdade para o trabalhador e união da classe trabalhadora contra o abuso do capitalismo (burguesia). Tinha como objetivo a constituição dos proletários em classe; a derrubada da supremacia burguesa e a conquista do poder político pelo proletariado;
2. concepção materialista;
3. a luta de classes;
4. a igualdade para o trabalhador face ao capitalismo;
5. a negação do direito individual de propriedade particular; reconhece a propriedade coletiva. É o caráter social da propriedade, devendo sua administração ser efetuada pelo Estado;
6. a crítica ao desenvolvimento da indústria, comércio e tecnologia;
7. a união dos proletários;
8. a crítica ao intercâmbio universal , hoje globalização: material e intelectual;
9. desnaturação da função do Estado, cabendo-lhe a detenção dos meios de produção e a distribuição equitativa dos bens e objetos de primeira necessidade;
10. a repartição de riquezas, que se acumulam nas mãos de poucos;
11. a abolição da família;
12. o dever de luta na relação entre capital e trabalho;

13. o estímulo aos confrontos: greve.

A Igreja, contrapondo-se a tudo isso, reage e edita a 1ª. Encíclica "Rerum Novarum", de Leão XIII, em 1891, com os seguintes aspectos mais importantes:

1. edita uma carta aberta a todos os bispos, consagra a doutrina social da Igreja, repudiando a doutrina marxista de luta de classe, centrando-se na questão operária, formulando linhas de conduta para a classe operária e patronal definindo direitos e as responsabilidades do capital e do trabalho;
2. prega a concepção cristã, na qual somente a Igreja pode oferecer soluções de caráter humano, com ensinamento em Jesus Cristo;
3. repudia a luta de classes, mas responsabiliza o capitalismo pela questão social, propondo uma política social;
4. alega que a desigualdade entre o empregador e o trabalhador é natural, necessária e conveniente;
5. reconhece a propriedade privada como direito natural do homem e condena a propriedade coletiva;
6. critica o desenvolvimento da indústria e tecnologia, pois racionalizam o mundo;
7. prega a união entre o capital e o trabalho;
8. prega o capitalismo mais justo, condenando a usura;
9. defende a maior participação do Estado na economia e descreve suas funções;
10. reconhece a acumulação nas mãos de poucos e a pobreza da imensa maioria;
11. admite que a abolição da família é o mesmo que negar a justiça natural;
12. a relação entre o capital e o trabalho deve ser de colaboração;
13. condena as greves.

"Trabalhadores de todos os países, uni-vos", é o lema crucial do Manifesto Comunista de Marx e Engels, de 1848. O Manifesto foi uma alavanca nas lutas do

proletariado contra o capitalismo. Despertou a consciência dos trabalhadores na luta pelos seus direitos.

Em seus estudos, Karl Marx destaca a exploração do trabalho pelos donos dos meios de produção. Sua idéia é a de que a Revolução Socialista é a única saída para a classe trabalhadora, que implantaria o Socialismo, impondo-se sobre tudo o que existia. O objetivo era a ditadura do proletariado, que suprimiria o capital, apropriando-se o Estado dos bens de capital para, em seguida, alcançar uma sociedade comunista.

A propriedade privada era o símbolo maior da burguesia, base da exploração capitalista, alvo maior da Revolução Proletária.

Sob a ótica marxista, os operários perderam a sua independência e o atrativo do trabalho a partir do uso da máquina e a divisão do trabalho. A solução estaria na eliminação da divisão entre produtores e proprietários dos meios de produção. A apropriação das fábricas pelos trabalhadores causar-lhes-ia o retorno da dignidade do trabalho, deixando os trabalhadores de ser mercadorias. Para isso, seria necessário que o proletariado visse em si os interesses comuns e a união em prol desse objetivo.

Mais uma vez Kant:

No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se, em vez dela, qualquer outra coisa como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade.⁴⁵

No final do século XIX e início do século XX, surge uma consciência voltada aos direitos humanos sociais. Discorrendo sobre esse especial momento de transformação social e dos movimentos sociais oriundos das novas relações de trabalho assalariado, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen aponta que eles "impulsionam o Estado a garantir direitos sociais, que visavam ao exercício de um mínimo de igualdade entre cidadãos, protegendo os trabalhadores"⁴⁶.

⁴⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**, Os pensadores: Kant (III). Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p.140.

⁴⁶ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas: A responsabilidade do administrador e do ministério público**. Max Limonad, 2000, p. 57.

Para José Afonso da Silva, os direitos sociais, como “dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”.⁴⁷

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a história dos direitos fundamentais está ligada ao Estado constitucional, cujo objeto é o homem e sua dignidade.⁴⁸ Citando K. Stern, o mesmo autor, identifica sua evolução em três fases: pré-histórica, intermediária e a constitucionalização, assim descritas:

a) uma pré-histórica, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.⁴⁹

Portanto, a evolução dos direitos fundamentais tem como alvo o homem e sua dignidade. Mas, o que são direitos fundamentais?

O pleonasma da expressão direitos humanos, ou direitos do homem, é assim justificado, porque se trata de exigências de comportamento fundadas essencialmente na participação de todos os indivíduos no gênero humano, sem atenção às diferenças concretas de ordem individual ou social, inerentes a cada homem.⁵⁰

Para Luigi Ferrajoli, são

(...) todos aqueles direitos subjetivos que competem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, ou de cidadãos ou de

⁴⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 27ª ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 286.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. ver. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 43.

⁴⁹ *Ibid*, p. 44.

⁵⁰ COMPARATO, Fabio Konder. **Fundamento dos Direitos Humanos**. Artigo apresentado no Instituto de Estudos Avançados da USP – IEA, 1997, p.19.

peças capazes de agir; entendo por 'direito subjetivo' qualquer expectativa positiva (à prestação) ou negativa (à não-lesão) relativa a um sujeito de uma norma jurídica, e por status a condição de um sujeito prevista ante uma norma jurídica positiva que é o pressuposto da sua idoneidade (...).⁵¹

Paulo Bonavides, evocando a doutrina de Carl Schmitt, prossegue elucidando que:

Com relação aos direitos fundamentais, Carl Schmitt estabeleceu dois critérios formais de caracterização": Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança....⁵²

Para Paulo Bonavides, o verdadeiro escopo dos direitos fundamentais é:

Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam, segundo Hesse, um dos clássicos do direito público alemão contemporâneo.⁵³ Ao lado dessa aceção lata, que é a que nos serve de imediato no presente contexto, há outra mais restrita, mais específica e mais normativa, a saber: direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais.⁵⁴

Buscando os ensinamentos de Jorge Miranda, temos, *verbis*:

Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. *Diritti Fondamentali: Um dibattito teorico*. Roma: Laterza, 2002, p. 5.

⁵² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 561.

⁵³ Hesse, *Grundrechte*, in *Staatslexikon*, v. 2. Apud Paulo Bonavides, op.cit., mesma página.

⁵⁴ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Apud Paulo Bonavides, op.cit., mesma página.

Constituição material — donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.⁵⁵

Depreende-se, pois, que são os Direitos Fundamentais indispensáveis para uma existência digna, sendo eles inerentes à pessoa humana, tendo o trabalho, como componente, sua fundamentalidade inegável, por relacionar-se com a vida digna.

A atual Constituição brasileira traz no art. 6º. a representação da dignidade da pessoa humana, o chamado piso vital mínimo. É Celso Antonio Pacheco Fiorillo quem assevera haver um piso vital mínimo imposto pela Carta Magna de 1988, como garantia da possibilidade de realização histórica e real da dignidade da pessoa humana no meio social.

Em seu modo de ver, para que se comece a respeitar a dignidade da pessoa humana, tem-se que assegurar concretamente os direitos sociais previstos no artigo 6º. da Carta Magna, que, por sua vez, está atrelado ao *caput* do art. 225, normas essas que garantem como direitos sociais, a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição, assim como direito ao meio ambiente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida.⁵⁶

1.3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A partir de 05 de outubro de 1988, com a criação do novo Estado brasileiro, a Constituição, desde o seu preâmbulo, positiva as diretrizes a que estão submetidos todos os brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional, destacando

⁵⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Direitos fundamentais. 3ª. ed. ver. e actual. Coimbra: Coimbra Ed., 2000, t.4, p. 8.

⁵⁶ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 64.

expressamente os princípios, objetivos, direitos e garantias fundamentais e deveres a todos.

A partir desta data também, a “dignidade da pessoa humana” no Brasil tem status de princípio constitucional, prevista no art. 1º, inc. III, como o “núcleo essencial da República”⁵⁷, nas palavras de Canotilho.

Paulo Bonavides assim sintetiza o princípio da dignidade da pessoa humana:

...sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados.⁵⁸

Trata-se, então, de um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, que inaugura a Constituição de 1988, como arcabouço de todo o ordenamento constitucional e, por consequência, infraconstitucional, ao lado de cidadania; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político.

Fundamento da República Federativa do Brasil e elemento balizador do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana é o valor que concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, inerentes à personalidade humana.⁵⁹

Celso Antonio Pacheco Fiorillo aponta que:

uma vida com dignidade reclama a satisfação dos valores (mínimos) fundamentais descritos no art. 6º da Constituição Federal, de forma a exigir do Estado que sejam assegurados com o recolhimento dos tributos, educação, saúde, trabalho, moradia, segurança, lazer, entre outros direitos básicos, indispensáveis ao desfrute de uma vida digna.⁶⁰

⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 221.

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 233.

⁵⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2007, p. 16.

⁶⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 14.

E, viver com dignidade é também ter trabalho e proteção contra despedida arbitrária, pois é um dos valores essenciais que preenchem a vida do homem, sem o qual não se pode falar em dignidade da pessoa humana.

Paulo Gilberto Cogo Leivas traz à colação uma decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, de 1951 em que há a menção do “mínimo existencial” em matéria de assistência social; porém, em 1975, o mesmo tribunal de forma mais explícita reconhece às “condições mínimas de uma existência humana digna” e, dentre elas, a de se considerar o trabalho:

Certamente pertence a assistência aos necessitados como uma obrigação evidente do estado social. Isto encerra necessariamente ajuda social para os cidadãos que, por causa de suas carências corporais ou espirituais, estão impedidos para o desenvolvimento social e espiritual e não estão em condições de sustentarem-se a sim mesmos. A comunidade estatal precisa, em qualquer caso, assegurar-lhes as condições mínimas para uma existência humana digna. Iguamente deve o legislador decidir, enquanto ele tenha tratado das referidas condições mínimas, em qual medida a ajuda social pode e deve ser garantida considerando os meios existentes e outras tarefas de igual nível.⁶¹

O Ministro Celso de Mello, em despacho monocrático em ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental -, tece algumas considerações sobre a reserva do possível, reconhecendo:

a necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existência: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula

⁶¹ ARANGO, Rodolfo. *Der Begriff der sozialen Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos Verl. Ges., 2001. In: LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 53.

da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial” viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (Direitos constitucionais de segunda geração).⁶²

E, esses direitos constitucionais de segunda geração são os direitos sociais.

Mas, o que se entende por dignidade da pessoa humana, numa perspectiva moderna e de conteúdo constitucional?

1.4. PROPOSTA DE CONCEITUAÇÃO JURÍDICA

Cabe-nos, preliminarmente, asseverar que a doutrina, de forma unânime, entende que não há um conceito pronto e acabado de dignidade da pessoa humana, isto porque depende de fatores históricos, culturais, econômicos de determinada civilização.⁶³

Norberto Bobbio tem uma frase notável a cerca dos fundamentos da dignidade da pessoa humana: O problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los e sim protegê-los.”⁶⁴

Numa macroperspectiva, desde Kant até a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, tentou-se universalizar os direitos fundamentais como absolutos, porém isso se mostrou artificial, pois, apesar de ter sido o primeiro documento a reconhecer direitos comuns a qualquer homem, na prática, com o tempo, passaram a não ser respeitados. E por quê?

Síntese Norberto Bobbio: “O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras e em outras culturas.”⁶⁵

⁶² LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 131.

⁶³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 38

⁶⁴ *Ibid*, p.25.

⁶⁵ *Ibid*, p. 38.

A maior parte da doutrina identifica o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, mas é Luís Roberto Barroso que aduz com muita clareza o conteúdo material da dignidade da pessoa humana:

é composta do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabora, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamenta.⁶⁶

Ingo Wolfgang Sarlet ousa numa proposta de conceituação jurídica da dignidade da pessoa humana:

... a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe **garantir as condições mínimas para uma vida saudável**, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁶⁷ (grifamos)

Esse “garantir as condições mínimas para uma vida saudável” mencionado pelo citado autor são os direitos sociais, previstos no artigo 6º da CF/88.

Cabe ressaltar que o artigo 6º da CF reconhece o direito ao trabalho, em sentido amplo, enquanto ao artigo 7º consagra os direitos dos trabalhadores.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. Estudos de Direito Constitucional em homenagem á José Afonso da Silva. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérulo (coords.). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 52-53.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 60.

Para José Afonso da Silva, uma análise conjunto dos artigos 6º; Art. 1, inc. IV e art. 170 , todos da CF, leva ao significado de direito a ter um trabalho, para obtenção de vida digna⁶⁸.

No campo do Direito do Trabalho, para que a pessoa tenha o mínimo de tutela do Estado e consagre a dignidade da pessoa humana, o texto Constitucional deve ser interpretado com o conteúdo do art. 6º – piso vital mínimo⁶⁹ - no qual o trabalho é um dos componentes para que o cidadão tenha vida digna.

Os direitos sociais do art. 6º da Carta de 1988 constituem o mínimo de que um cidadão necessita para ter dignidade:

São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A doutrina de forma quase que unânime critica o art. 6º da Constituição de 1988, e dentre os críticos destaca-se Ingo Wolfgang Sarlet, que de forma menos contundente que Manoel Gonçalves Ferreira Filho, reclama a falta de rigor técnico, que,

... anuncia genericamente quais os direitos sociais básicos, sem qualquer explicação relativamente ao seu conteúdo, que deverá ser buscada no capítulo da ordem econômica e, acima de tudo , da ordem social, suscitando sérias dúvidas sobre quais os dispositivos situados.⁷⁰

Mas, independente de críticas, o artigo 6º tem aplicação imediata, por força do art. 5º, inc. I, cabendo ao Poder Judiciário, na dúvida, se provocado, manifestar-se sobre o tema.

Ingo Wolfgang Sarlet assevera que o Estado só existe em função da dignidade de seu povo, com o mínimo de direitos, a par do que preleciona a doutrina alemã: “reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa

⁶⁸ SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 185-186.

⁶⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 64.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 81.

humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.”⁷¹ (grifamos)

Pelo exposto, pretendeu-se demonstrar que a dignidade da pessoa humana e o trabalho são pilares no Estado de Direito brasileiro, na medida em que constitui o seu fundamento, impondo ao Estado a concretização de seus mandamentos.

A despedida arbitrária invoca a aplicabilidade do art. 6º em que os direitos sociais, entre eles o trabalho, é considerado “piso vital mínimo” para a existência digna do homem.

Durante a evolução história da dignidade da pessoa humana, percebeu-se que o conteúdo axiológico é a vida; passando de “coisa” à imagem e semelhança de Deus até a noção fundamental de igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade.

Aguarda-se há 19 anos que o legislador saia da imobildade contumaz e regulamente o art. 7º, inc. I da CF, relativo à proteção contra a despedida arbitrária e sem justa causa em afronta à dignidade do trabalhador.

Mencionar-se-á oportunamente que há um Projeto de Lei Complementar tramitando de 2003 – PLC 08/2003 - que não prevê qualquer indenização em caso de despedida arbitrária, o que afronta a dignidade daqueles trabalhadores despedidos sem um motivo justificável.

E essa situação é agravada, quando o trabalhador é despedido após vários anos de serviço prestados ao mesmo empregador e, então, em idade madura, arrancam-lhe, em regra, a sua própria subsistência e a de sua família.

O que aqui se apregoa é que o legislador complementar preveja uma indenização maior sobre o saldo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Nunca será como a manutenção do emprego, porém, nessa ótica, a dignidade do trabalhador será respeitada.

⁷¹ A Bleckmann, Staatsrecht II – Die Grundrechte. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4a.. Ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p.65.

2 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO

Ao examinar, no capítulo anterior, “a dignidade da pessoa humana do trabalhador”, parte da evolução histórica do Direito do Trabalho foi mencionada, assim, este capítulo pinçará seus acontecimento mais importante no curso do tempo.

Para Maurício Delgado Godinho, o Direito do Trabalho, concedeu “certa civilidade, inclusive buscando eliminar as formas mais perversas de utilização da força de trabalho pela economia”⁷², referindo-se o autor ao regime de escravidão das sociedades pré-industrial, em que o escravo era tido como objeto, sendo disposto por seu proprietário livremente, tal como ocorria no Egito, na Grécia e em Roma.⁷³

Registra-se a escravidão como a primeira forma de “trabalho” e, talvez, a mais vil, que coisifica o ser humano, retirando-lhe qualquer direito.

O período que se segue à escravidão é o da servidão, que se caracterizava pela prestação de um trabalho por parte dos servos nas terras do senhor feudal, que, em contrapartida, oferecia-lhes proteção militar e política. Em troca dessa proteção e do uso da terra, os servos cediam parte significativa de sua produção⁷⁴. Este período é chamado pelos doutrinadores de servidão à gleba.

A partir do fim da Idade Média e início da Moderna, com a ruptura do sistema de produção feudal, iniciou-se a modificação na utilização da força de trabalho chamada de “corporações de ofício da Idade Média”⁷⁵, por Amauri Mascaro do Nascimento.

As corporações de ofício formadas por mestres, companheiros e aprendizes gradualmente substituíram a antiga forma de trabalho. Os mestres eram proprietários das oficinas nas quais trabalhavam os companheiros em troca de um salário que lhes

⁷² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002, p.77.

⁷³ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho: Noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual**. 3ª. ed. São Paulo: LTr, 1997, p.22.

⁷⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 31.

⁷⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, p.26.

era pago pelos donos. “Os aprendizes eram os menores que recebiam dos mestres o ensino metódico do ofício ou profissão”⁷⁶.

Aqui temos um sistema de trabalho menos gravoso, em verdade, objetivava primordialmente as corporações e não os trabalhadores.

O Direito é fruto de evolução histórica, com os componentes políticos, econômicos e sociais e, toda vez que a civilização ocidental mudou seu sistema de produção, o Direito teve seu destino alterado.

É a Revolução Industrial quem vai fazer germinar o Direito do Trabalho. É a substituição da força humana pela força energética da máquina a vapor. Esse “boom” desenvolvimentista acontece porque o trabalho manual é substituído pelo uso das máquinas.

Ocorre, porém, que as máquinas careciam do trabalho de operadores humanos, e isso fez com os que trabalhadores se agrupassem, formassem associações com o intuito de defenderem seus interesses de melhores condições de trabalho, diminuição das jornadas excessivas de trabalho, entre outros direitos. Pode-se dizer, então, que nasce aí o Direito do Trabalho.

Miguel Reale denomina a “primeira fase”⁷⁷, também chamada por ele de a “era do vapor”.⁷⁸ O Estado era, então, chamado de liberal. Não havia interferência estatal, até para legitimar uma nova classe social emergente, a burguesia.

As corporações de ofício foram as primeiras a se ressentirem com a mudança, pois seus produtos manufaturados perdiam em qualidade, rapidez e eficiência, para aqueles produzidos em grande escala.

Os mestres e suas oficinas foram substituídos por operários e fábricas, com os novos métodos de produção. Vale lembrar que a mão-de-obra era barata e farta e, a economia andava a passos largos, na velha dialética capital versus trabalho; de um lado, poucos com capital e, de outro, muitos em franca miséria.

O Estado liberal trouxe muitas injustiças aos trabalhadores e foi o responsável pelo surgimento da “questão social”, com o empobrecimento generalizado do operariado.

⁷⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 32.

⁷⁷ REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 95.

⁷⁸ *Ibid*, mesma página.

Da “era do carvão” passou-se para a “era da eletricidade”, trazendo no seu bojo mutilações, substituição do trabalho especializado pelo das crianças e das mulheres, jornadas de trabalho excessivas e desumanas, doenças profissionais, condições indignas de trabalho e a cessação contratual de trabalho pelo alvitre do empregador.

A reação dos trabalhadores exigiu a presença do Estado, originando, então, a “segunda fase do Direito”, assim denominada por Miguel Reale. Foi uma fase de intervencionismo jurídico, da atenção ao fato econômico, e do aparecimento da eletricidade.

É no século XIX que fatos como a Revolução Social na França (1848), o Socialismo Utópico (igualdade ideal), Marx/Engel (igualdade real) e a Encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII (1891) lançam as bases do Direito do Trabalho, que se caracterizará pelo Estado Promocional, de conteúdo social, protegendo juridicamente a parte mais fraca.

É Miguel Reale quem diz “nem tudo foram rosas na segunda fase do Direito Moderno”.⁷⁹ De 1914 a 1918, aconteceu a I Guerra Mundial e uma de suas conseqüências foi o fim do absolutismo monárquico.

Após a 1ª Guerra, as novas Constituições passam a demandar uma ação positiva do Estado. Não ficam apenas restritas à estrutura política do Estado, e sim ressaltam o direito e o dever do Estado em reconhecer e garantir a nova estrutura social. A vida econômica precisava ser organizada conforme princípios de justiça, objetivando garantir a todos uma existência digna, nos dizeres de Hannah Arendt:

A igualdade, em contraste com tudo o que se relaciona com a mera existência, não nos é dada, mas resulta da organização humana, porquanto é orientada pelo princípio da justiça. Não nascemos iguais, tornamo-nos iguais como membros de um grupo por força da nossa decisão de nos garantirmos direitos reciprocamente iguais.⁸⁰

⁷⁹ Ibid, p. 109.

⁸⁰ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 335.

O Estado passou a preocupar-se com o social, o conteúdo dos Direitos Fundamentais se amplia e, além dos Direitos Individuais, dos Direitos Políticos, que foram se afirmando nas democracias liberais, consagram-se, também, os Direitos Sociais, nas Constituições Modernas.

A primeira Constituição político-social foi a do México, de 1917, com normas de proteção à classe trabalhadora, assim como direitos sociais, como: direito a jornadas diárias de 8 horas; jornada máxima noturna de 7 horas; proibição do trabalho de menores de 12 anos e limitação a 6 horas para os menores de 16 anos; descanso semanal; proteção à maternidade; salário mínimo; igualdade salarial; adicional de horas extras; proteção contra acidentes do trabalho; higiene e segurança do trabalho; direito de sindicalização; direito de greve; conciliação e arbitragem dos conflitos trabalhistas; indenização de dispensa; seguros sociais, entre outros direitos⁸¹. Todos reunidos no famoso art. 123, inspirado pelo legislador constituinte mexicano em normatização da “França, Bélgica, Itália, Estados Unidos, Austrália e Nova Zelândia.”⁸²

Com a derrota da Alemanha e seu apenamento ao pagamento de indenizações aos países vencedores – França, Inglaterra e Estados Unidos, com a saída da Rússia, foi criada pela Conferência de Paz, na parte XIII do Tratado de Versalhes, a Organização Internacional do Trabalho, em 1919, com o objetivo da melhoria nas condições dos trabalhadores, visando à justiça social.

Em 1919, a Constituição alemã foi fonte de inspiração para as demais da Europa. Para Mario de la Cueva, citado por Amauri Mascaro Nascimento, representou o “socialismo de Estado e, em consequência, a possibilidade de melhorar coletivamente as condições de vida dos homens. Em seu tempo foi o direito mais avançado da Europa”.⁸³

Em 1927, ainda dentro da 2ª fase do Direito, a Carta del Lavoro, na Itália, significou, para Amauri M. Nascimento, “documento fundamental do corporativismo peninsular e das diretrizes que estabeleceu uma forte interferência estatal”.⁸⁴ Essa

⁸¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 19ª ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p.31.

⁸² *Ibid*, p. 31-32.

⁸³ Apud De la Cueva, ob. cit., p. 33

⁸⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. Cit.*, p. 34.

interferência não foi só política e social, mas também trabalhista, e foi nela em que Getúlio Vargas se inspirou para a constituição de nossa legislação trabalhista.

Na primeira metade do século XX, destaca-se a figura marcante do sindicato, embora sua existência formal seja datada de 1871⁸⁵, na Inglaterra.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento, "Ação dos trabalhadores reunindo-se em associações para defesa dos interesses comuns é uma das assinaladas forças modeladoras do direito do trabalho".⁸⁶

Em decorrência deste papel, a lei trabalhista garantiu um mínimo de direitos à classe trabalhadora e os instrumentos normativos – convenções e acordos coletivos – contemplavam condições mais vantajosas.

O advento da II Guerra Mundial deixou claro que a dignidade da pessoa humana foi preterida dentro de um pretense Estado de legalidade, no qual imperavam os interesses das grandes potências e das ideologias nazista e fascista.

Após os terrores decorrentes das duas Grandes Guerras, o mundo sentiu a necessidade e o dever de resgatar a dignidade da pessoa humana e a valorização dos direitos humanos, por meio de uma organização social dos Estados.

O documento que melhor reflete esse momento histórico e que caracteriza com amplitude os direitos fundamentais é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada no dia 10 de dezembro de 1948.

Para Norberto Bobbio, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, com relação ao processo de proteção global dos direitos do homem, é um ponto de partida para uma meta progressiva que representa, ao contrário, com relação aos direitos proclamados, um ponto de parada em um processo que ainda está para ser concluído, pois os direitos elencados na Declaração não são os únicos e possíveis direitos do homem.

De acordo com Norberto Bobbio,

a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão produzir

⁸⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19ª ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 28.

⁸⁶ *Ibid*, mesma página.

tais mudanças na organização da vida humana e das relações sociais que criem ocasiões favoráveis para o nascimento de novos carecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdade e de poderes.⁸⁷

Seguiu-se, então, a chamada “terceira fase do Direito” segundo Miguel Reale, marcada pela energia atômica e pela eletrônica, assim descrita:

Não resta dúvida, porém, que os computadores ou elaboradores eletrônicos, assim como os supercondutores, vieram subverter as coordenadas da experiência humana em geral, não apenas no que se refere às mutações operadas nos domínios do trabalho, cada vez mais intelectualizados ou tecnicizado com o advento dos processos cibernéticos, mas também no concernente aos meios vertiginosos de comunicação, impondo cada vez mais modelos de linguagens adequados à memória dos novos engenhos.⁸⁸

E, novamente, os rumos do Direito foram alterados.

Segundo Miguel Reale, a terceira fase inicia-se na década de 70 e foi marcada pela crise energética, caracterizada pela falta de petróleo no mundo⁸⁹; pelo desenvolvimento da energia atômica e da eletrônica.

O fato econômico foi marcado pela abertura dos mercados econômicos, a chamada globalização, exigindo transformações e reestruturações das empresas.

No Brasil, o processo industrial inicia-se a partir do final do séc. XIX e começo do século XX. Anteriormente a esse período, a economia brasileira era marcada pela ênfase na agricultura, num regime de escravidão.

Em 1888, no Brasil, a Lei Áurea libertava os escravos, enquanto que na Inglaterra, em 1871, já se reconheciam oficialmente os sindicatos, em total contraste com a realidade estrangeira.

⁸⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19ª ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33.

⁸⁸ REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva: 1990, p. 113.

⁸⁹ A história conta que a crise do petróleo tem início em 1973, em represália aos territórios palestinos ocupados por Israel, tendo seu ápice em 1991, com a Guerra do Golfo, depois que Saddam Hussein invade o Kuwait. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Crise_do_petr%C3%B3leo>. Acesso 06 fevereiro, 2007.

Após a Proclamação da República, em 1891, o estímulo à industrialização produz elevado desenvolvimento em São Paulo e Rio de Janeiro, tendo como papel relevante a imigração estrangeira, com experiência em trabalho subordinado.

A legislação trabalhista brasileira mostrava-se tímida, mas contando com a proteção ao trabalho do menor, concessão de férias aos ferroviários e, posteriormente, de aposentadoria à mesma categoria.

Na década de 30, acontece o regime ditatorial de Getúlio Vargas. Para neutralizar a pressão dos sindicatos, que tinham objetivos políticos, o ditador criou o sindicato controlado pelo Estado, através da "Carta Sindical", com objetivos, apenas assistenciais, como lazer e educação. E, mais, atrelou ao sindicato uma contribuição compulsória, o chamado "imposto sindical".

Por influência da Carta del Lavoro, Getúlio Vargas promulgou, em 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho, com um modelo de intervenção estatal idêntico.

A Justiça do Trabalho, no moldes hoje conhecido, incorporou-se como membro do Poder Judiciário, apenas em 1946, com a promulgação da Carta Constitucional; antes, no seu nascedouro, consistia em justiça administrativa, cujos membros eram integrantes por um técnico em direito e juízes classistas, indicados livremente pelo chefe do executivo.

Com a integração da Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário, implantou-se concurso de ingresso aos juízes, para a formação das denominadas Juntas de Conciliação e Julgamento.

De 1950 a 1980, segundo o Professor de Mestrado em Estudos Populacionais e Pesquisas Sociais da Escola Nacional de Ciências Estatística (ENCE) e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas - IBGE, foram "os trinta anos de ouro do Brasil"⁹⁰, marcado pela urbanização, monetarização e industrialização".⁹¹

No período de 1953 a 1954, fato interessante foi a renúncia, por pressão dos empresários, do então ministro do Trabalho de Getúlio Vargas, João Goulart, tendo em vista a concessão de aumento de 100% no índice de reajuste no salário mínimo.

⁹⁰ ALVES, José Eustáquio Diniz. **O bônus demográfico e o crescimento econômico no Brasil**. Disponível em: <[http:// abep.nepo.unicamp.br./docs/poppobreza/Alves.pdf](http://abep.nepo.unicamp.br/docs/poppobreza/Alves.pdf)>. Acesso em 07 fevereiro, 2007.

⁹¹ Idem.

Em 1964, acontece o Golpe Militar de 31 de março, por meio de um movimento anticomunista, motivando a fuga do Presidente da República, João Goulart, de tendência comunista.

Segue-se a um período no qual nenhuma alteração de fundo foi introduzida no que respeita aos direitos individuais dos trabalhadores; no entanto, em relação ao direito coletivo, o exercício do direito de greve na iniciativa privada foi coibido e proibido no que pertine aos serviços públicos e atividades essenciais.

Entre 1974 e 1985, vivemos o processo de redemocratização do país, com a abertura política, iniciada por Ernesto Geisel.

Em 1988, a promulgação da nova Carta Constitucional, positiva desde o preâmbulo as diretrizes a que estão submetidos todos os brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional, destacando expressamente os princípios, objetivos, direitos, garantias fundamentais e deveres a todos.

O artigo 1º da Carta de 1988 aponta que a República Federativa do Brasil, constitui-se em Estado Democrático de Direito, o que significa para doutrina, um “Estado subordinado à legalidade constitucional, ao regime constitucional”⁹², regido este Estado pelos princípios da soberania, pluralismo político, cidadania, dignidade da pessoa humana e pelos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Depreende-se assim, pelo artigo 1º, incisos III e IV, que no Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho estão comprometidos com a ordem nacional.

O legislador Constituinte reservou o Capítulo II a todos os “Direitos Sociais” e trouxe inúmeras inovações, como:

- a) alteração da multa do FGTS;
- b) redução da jornada diária de trabalho para 44 horas semanais;
- c) criação dos turnos ininterruptos de revezamento com jornada especial de 6 horas diárias;

⁹² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 4.

- d) majoração do adicional de horas extras para 50%;
- e) introdução do terço constitucional sobre as férias;
- f) licença paternidade;
- g) majoração da idade mínima para ingresso no mercado de trabalho para 14 anos, posteriormente majorada uma vez mais em razão da ratificação da Convenção 158 da OIT, passando o limite a 16 anos, salvo a aprendizagem, através da Emenda Constitucional no. 20/98;
- h) majoração da licença maternidade para 120 dias e introdução da garantia de emprego da gestante até 5 meses após o parto;
- i) introdução do aviso prévio proporcional e da despedida arbitrária;
- j) proteção e introdução do portador de deficiência no mercado de trabalho;
- k) garantia de emprego aos membros da CIPA;
- l) alteração dos prazos prescricionais; equiparação dos direitos atribuídos ao trabalhador rural e avulso em relação ao urbano;
- m) extensão de alguns direitos atribuídos ao trabalhador urbano e doméstico.

Na perspectiva coletiva, o art. 8º da CF, ampliou a participação das entidades sindicais; porém “como nem tudo são rosas”⁹³, deixou passar a oportunidade de introduzir os parâmetros da Convenção 87 da OIT, assim como legalizar as Centrais Sindicais.

Em 09 de dezembro de 1999, com a Emenda Constitucional n. 24, alteram-se os dispositivos da Constituição Federal pertinentes à representação classista na Justiça do Trabalho, passando o Judiciário especializado a juízo monocrático.

E, em 30 de dezembro de 2004, com a Emenda Constitucional n. 45, altera-se vários dispositivos 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

Pelo exposto, ainda que de forma superficial, fez-se mostrar a trajetória do Direito do Trabalho em seus aspectos mais importantes, seguindo-se a vinculação com a dignidade da pessoa humana.

⁹³ REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 109.

3. INSTITUTO DA ESTABILIDADE

Considerando ser essencial que os direitos do homem sejam protegidos pelo império da lei, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão.⁹⁴

3.1. CONCEITO

“Estabilidade é o direito de permanência do empregado no emprego mesmo contra a vontade do empregador, enquanto não houver motivo relevante, previsto em lei, que permita dispensá-lo”⁹⁵, ou “a proteção do emprego contra a denúncia vazia do respectivo contrato.”⁹⁶

Esse direito consistia na obtenção da estabilidade no emprego, após o empregado completar dez anos de serviços prestados à mesma empresa, não podendo ser despedido, exceto por justa causa.

Américo Plá Rodriguez ao tratar do tema “Resistência em admitir a rescisão do contrato exclusivamente pela vontade patronal”⁹⁷ assevera que a despedida é uma anomalia jurídica, pelo princípio da continuidade do contrato de trabalho, “somente deve poder ser dissolvida validamente quando exista algum motivo justificado.”⁹⁸

É a aplicação do princípio da continuidade do contrato de trabalho que, apenas, permite o término do vínculo empregatício, quando há motivo justificável.

Em seu art. 492, a CLT prescreve o modo de aquisição do instituto da estabilidade:

⁹⁴ ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Preâmbulo.

⁹⁵ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Repertório de conceitos trabalhistas**. v.1. São Paulo: LTr, 2000, p. 247.

⁹⁶ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr. 1997, p. 477.

⁹⁷ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 3ª ed. atual. São Paulo: LTR, 2000, p. 264.

⁹⁸ Ibid, mesma página

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

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

As Constituições brasileiras anteriores previam a garantia no emprego aos trabalhadores, após dez anos de serviços prestados. Tal proteção foi suprimida na atual Carta Federal, referindo-se que a “relação de emprego será protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.”⁹⁹

Dessa forma, considera-se revogado o instituto, respeitando-se empregados que tenham adquirido a proteção no regime anterior.

Cabe lembrar que esse sistema agradou a “gregos” e desagradou “troianos”, ou seja, era muito bem vindo pelos empregados que, após dez anos de serviços prestados, não podiam ser despedidos, exceto por justa causa e, burlado pelos empregadores, que diligenciavam para que esse período não fosse alcançado.

3.2. O SURGIMENTO DO INSTITUTO DA ESTABILIDADE

Segundo Arion Sayão Romita, para conhecermos um instituto, é preciso, primeiramente, incorporar à memória sua origem e em que contexto foi criado, pois, como o Direito do Trabalho, o instituto da estabilidade não surge do direito natural, mas no mundo ocidental contemporâneo, no setor secundário da econômica, para reger interesses divergentes entre empregador e empregado.

Aduz o mesmo autor que, após os horrores deixados pela II Guerra, teve início a reconstrução não só da Europa, mas, também na América Latina, denominada à época como “era feliz” para a atividade econômica, com reflexos no Direito do Trabalho.

⁹⁹ Art. 7º, inc. I, CF/88.

Arion Sayão Romita dá uma idéia como era o contexto:

O Direito do Trabalho se expandia em **sentido pessoal**, alcançando número cada vez maior de sujeitos protegidos; em **sentido territorial**, porque ampliava o âmbito geográfico de aplicação de suas normas; e em **intensidade de benefícios**, pela constante criação de novos direitos em favor dos trabalhadores. A forma de emprego normal, ou clássica, poderia ser assim descrita: tratava-se de um contrato por tempo indeterminado (os contratos por prazo certo constituíam exceção, de interpretação escrita); o empregado era admitido por um único empregador para prestar serviços e em tempo integral, em um só local de trabalho; o empregado podia fazer carreira na empresa, como sucede no serviço público, e percebia uma remuneração regular, ao abrigo de incertezas.¹⁰⁰

É com essa evolução que surge o instituto da estabilidade no emprego, como forma de proteger todas as conquistas. Porém, na década de 70, com a crise do petróleo, abertura dos mercados, acesso a novas tecnologia, o emprego, citando as palavras de Manuel Alonso Olea, “tornou-se um ‘bem escasso’”¹⁰¹ e, com ele, o processo de supressão de postos de trabalho, o desemprego, e “a impossibilidade material de garantir a relação de emprego contra a despedida.”¹⁰²

Segundo Arion Sayão Romita, era uma “tensão dialética”, de um lado, os empregados em garantir seus empregos, e de outro, a luta pela garantia de “sobrevivência da empresa”, o que fez com que o instituto fosse revisto, pois a realidade era outra, o ambiente econômico era outro.

Esses fatos também aconteceram no Brasil, como se verá a seguir no item 3.4., segundo o depoimento de Arnaldo Sússekind e a pressão dos empresários para a extinção do instituto da estabilidade.

3.3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL E O TRABALHADOR

¹⁰⁰ ROMITA, Arion Sayão. Proteção contra a despedida arbitrária. In: RODRIGUES, Aluísio (coord.). **Direito constitucional do trabalho**. Volume 2, São Paulo: LTr, outubro, 1997, p. 191-225.

¹⁰¹ *Ibid*, mesma página.

¹⁰² *Ibid*, mesma página.

O instituto da estabilidade no emprego, “pioneiro”¹⁰³ no Brasil, na esfera privada, tem sua previsão através da lei previdenciária de n. 4.682, de 24 de janeiro de 1923, chamada de Lei Eloy Chaves, cujo objetivo real era a manutenção dos empregos dos ferroviários, para que estes sustentassem a Caixa de Previdência da categoria, servindo de referência para outras “Caixas”, como as dos marítimos, transportes urbanos, eletricitários, bancários, entre outras, até chegar à Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, que estendeu a estabilidade a todos.

Arion Sayão Romita chama esse primeiro momento referente ao instituto de primeira fase¹⁰⁴ das cinco: 1923, 1935, 1943, 1967 até a Constituição de 1988.

Há que se fazer a ressalva, segundo Manus, de que em 1935, através da Lei n. 62, o instituto foi tratado fora da legislação previdenciária.¹⁰⁵ Para Arion Sayão Romita, essa lei inaugura a segunda fase do instituto.

Sobre a Lei n. 4.692/ 23, Pedro Paulo Teixeira Manus menciona:

Instituiu a lei em questão a estabilidade no emprego aos 10 anos porque necessitava dar garantia à “caixa dos ferroviários” de que sua sustentação, que era a massa salarial da categoria, seria constante e suficiente à sua manutenção. Assim necessário se fazia não permitir dispensas sem motivo, em quantidade, bem como garantir bom nível salarial à categoria – o que se alcança com a manutenção dos empregos, que permite a melhoria do nível salarial dos empregados, à medida que vão galgando melhores posições na estrutura funcional da empresa.

Isso significa que não obstante os esforços dos trabalhadores, a instituição da estabilidade no emprego entre nós deu-se por motivo diverso, que não a de garantir o posto de trabalho, mas, sim, de garantir a instituição e existência da “caixa dos ferroviários”, como já referido.¹⁰⁶

¹⁰³ Expressão utilizada por: SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional Brasileiro**. 3ª. ed., ampl., e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 129

¹⁰⁴ ROMITA, Arion Sayão. Proteção contra a despedida arbitrária. In: RODRIGUES, Aluísio (coord.). **Direito constitucional do trabalho**. Volume 2, São Paulo: LTr, outubro, 1997, p. 221.

¹⁰⁵ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Despedida arbitrária ou sem justa causa. In: SÜSSEKIND, Arnaldo, LACERDA, Dorval de e VIANA, J. de Segadas. **Direito brasileiro do trabalho**. 2º volume. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1943, pág. 459/4643.

¹⁰⁶ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Despedida arbitrária ou sem justa causa: Aspectos do direito material e processual do trabalho**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 37.

Com a Lei n. 62 de 1935, a estabilidade passou a ser direito de todos os empregados, após dez anos de serviços prestados ao mesmo empregador, exceto aos rurais e os domésticos; com o Decreto-lei n. 5.452 de 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho passou a ser um direito de todos os trabalhadores. Aqui, tem início a terceira fase do instituto da estabilidade, ainda, segundo Arion Sayão Romita.

Em 1937, o instituto tem previsão constitucional ao ser prevista no art. 137, letra, "f";

Art 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos:

(...)

f - nas empresas de trabalho contínuo, a cessação das relações de trabalho, a que o trabalhador não haja dado motivo, e quando a lei não lhe garanta, a estabilidade no emprego, cria-lhe o direito a uma indenização proporcional aos anos de serviço;

Na Constituição de 1946, no art. 157, XII;

Art. 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem à melhoria da condição dos trabalhadores:

(...)

XII - estabilidade, na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador despedido, nos casos e nas condições que a lei estatuir;

Na Constituição de 1967, no art. 158, XIII, contemplou regime alternativo:

Art. 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:

(...)

XIII - estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente;

Em normatização infra-constitucional, a Lei 5.107 de 1966 cria o instituto do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e dá outras providências, para vigorar a partir de 1º de janeiro de 1967. Na promulgação dessa lei, vigia a Constituição de 1946 e, com ela, inaugura-se a quarta fase do instituto da estabilidade, segundo Arion Sayão Romita. Nos dias de hoje vige a Lei no. 8.036/90.

Pela Lei no. 5.107/66, inicialmente, disciplinaram-se dois regimes, na ocorrência da rescisão do contrato de trabalho; um para o celetista, que não optou pelo sistema do fundo de garantia, e outro para os optantes, assim previstos no art. 16º:

Art. 16 – Os empregados que, na forma do art. 1º optarem pelo regime desta Lei terão, na ocorrência de rescisão do contrato de trabalho, regulados os direitos relativos ao tempo de serviço anterior à opção, de acordo com o sistema estabelecido no Capítulo V do Título IV da CLT, calculada, porém, a indenização, para os que contem 10 (dez) ou mais anos de serviço, na base prevista no artigo 497 da mesma CLT. Pelo tempo de serviço posterior à opção, terão assegurados os direitos decorrentes desta Lei.

§ 1º - O valor da indenização, correspondente ao tempo de serviço anterior à opção, será complementado pela empresa, mediante depósito na conta vinculada do empregado.

§ 2º - É facultado à empresa, a qualquer tempo, desobrigar-se da responsabilidade da indenização relativa ao tempo de serviço anterior à opção depositando na conta vinculada do empregado o valor correspondente na data do depósito.

§ 3º - Aos depósitos efetuados nos termos do § 2º aplicam-se todas as disposições desta Lei.”

Arnaldo Süssekind, conta que à época, questionou-se a constitucionalidade dessa lei, tendo em vista o art. 158, XIII, da Constituição de 1967, prever dois regimes excludentes entre si, gerando a súmula n. 98 do TST:

FGTS. INDENIZAÇÃO. EQUIVALÊNCIA. A equivalência entre os regimes do Fundo de Garantia do tempo de serviço e da estabilidade da Consolidação das

Leis do Trabalho é meramente jurídica e não econômica, sendo indevidos quaisquer valores a título de reposição de diferenças.

Explica Francisco Antonio de Oliveira:

a Constituição dizia com todas as letras que o fundo de garantia seria equivalente à indenização. E essa fora a intenção do legislador, qual seja a retirar do empregado somente a possibilidade de, a partir da opção, conseguir a estabilidade, mas manter a indenização equivalente através de depósitos efetuados mês a mês pelo empregador. Todavia, a diferença que se apresentava era culpa do próprio poder público (União) ao "inventar" um sistema móvel de remuneração de juros em consonância com a movimentação do trabalhador no emprego. Sistema esse que só beneficiava a União, posto que, além de lançar mão dos depósitos efetuados, remunerava-os com juros baixos (art. 4º) e o crédito dos juros e correção somente era lançado na conta do empregado trimestralmente, com visível evasão de rendimentos (art. 19, § 1º Decreto n. 59.820/66). Além disso, retirava-se do próprio fundo (gestão) a taxa de administração (art.44 do Decreto n.58.820/66). Se o empregado fosse retirar os seus depósitos antes da época do crédito dos juros e da correção, receberia o valor defasado. Todas essas "espertezas" do Executivo contribuíam para a defasagem dos depósitos.¹⁰⁷

Com a Constituição Federal de 1988, acontece a quinta fase do instituto de estabilidade, que será objeto do item abaixo, porém ela não se refere mais à estabilidade, nos moldes das Constituições anteriores.

Hoje, com a Lei 8.036/90 em consonância com o art. 7º, III, CF, os problemas dos depósitos trimestrais para mensais foram equacionados, porém os juros são a metade do que a previsão legal de 6% ao ano; não correspondendo ao valor do extinto regime, no caso de extinção do contrato, "legalizando-se a perda indenizatória..."¹⁰⁸

Atualmente, a súmula 98 do TST encontra-se superada, face o art. 7º, III, da Constituição Federal de 1988.

¹⁰⁷ OLIVEIRA, Francisco Antonio. **Comentários aos Enunciados do TST**. 5ª ed. ver. atual. amp. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 264.

¹⁰⁸ *Ibid*, p. 264-265.

3.4. O PROBLEMA DO INSTITUTO DA ESTABILIDADE DECENAL PARA AS EMPRESAS

Arnaldo Süssekind conta que tudo começou em um Congresso patronal em Araxá, nos anos 50, em que os empresários reclamavam dos reflexos negativos do instituto da estabilidade sobre a empresa, não apenas administrativamente, mas a conduta profissional do empregado, que se alterava com a aquisição da proteção contra a despedida, tornando-o “indolente”¹⁰⁹ em alguns casos.

Arnaldo Süssekind também relata que, enquanto Ministro do Trabalho e Previdência, sofreu pressão para extinção do instituto, o que se tornou realidade após sua saída, com a promulgação da Lei no. 5.107/66, instituindo o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, com a possibilidade de “opção” entre os dois sistemas.

Foi o início do processo de extinção do instituto da estabilidade, que, com a Constituição de 1988, foi sepultado definitivamente.

Octávio Bueno Magano, ao falar sobre o instituto da estabilidade, assevera que o regime de FGTS veio para desafogar as empresas, principalmente as grandes, liberando-as; mas, o mais importante registro feito pelo autor é que os recursos de 8% que são transferidos do setor privado para o público interessam mais a este do que àquele, pois,

A finalidade declarada do traspasse é a realização da política nacional de desenvolvimento urbano e das políticas setoriais de habitação popular, saneamento básico e infra-estrutura urbana. No entanto, a realidade sentida da vida cotidiana revela a conversão do mesmo fundo em manancial inesgotável de trapaças políticas, consubstanciadas na malversação dos recursos que se compõe.¹¹⁰

Essas trapaças mencionadas por Octávio B. Magano referem-se a “primeiro, o rumoroso caso do Acre; depois, aos desmandos do paraibano de chapéu de cangaceiro

¹⁰⁹ GOMES, Angela de Castro; PESSANHA, Elina G. da Fonte; MOREL, Regina de Moraes (orgs). **Arnaldo Süssekind, um construtor do direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 178-179.

¹¹⁰ MAGANO, Octávio Bueno. **Política do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995, p. 32.

e, agora, essa história de recursos exauridos.”¹¹¹ No caso do Acre, como maiores devedores do Fundo – “Cr\$ 5 trilhões resultante da inadimplência de vários mutuários, notadamente o Banco do Estado de São Paulo (BANESPA).¹¹²

O problema, quanto ao regime de estabilidade, não era a indenização, mas a estabilidade, para as empresas.

E mais, prossegue o autor, a manutenção do FGTS tem como maior interessado o Estado, porque para os empregados e empregadores seria muito mais interessante a regulamentação do art. 7º I, da CF, cessando a ...

... imensa transferência de recursos do setor privado para o público, ficando as empresas aliviadas do peso de elevada contribuição e os trabalhadores, ao contrário do que pareceu a alguns mal-informados dirigentes sindicais, melhor protegidos. E, mais importante do que tudo, ficaria a sociedade civil tranqüilizada quanto a novos desmandos de agentes políticos contra recursos públicos tão cobiçados.¹¹³

Para Octávio Bueno Magano, bastava regulamentar o art. 7º, I, que a extinção do FGTS não “geraria nenhum vácuo jurídico”, pois os recursos desse fundo seriam captados por outros recursos orçamentários. Quanto ao “slogan” de ser “patrimônio” do empregado, para o autor, é um equívoco, pois apenas de forma secundária poderá ser utilizada pelo trabalhador – “despedida injusta, o da aposentadoria, o da aquisição da casa própria etc...”¹¹⁴, o maior interessado é o Governo.

Octávio Bueno Magano mostrava-se contrário à estabilidade, assim como ao regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, por entender que ambos atravancam as empresas.

3.5. O INSTITUTO DA ESTABILIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

¹¹¹ MAGANO, Octávio Bueno. *Política do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 32.

¹¹² *Ibid*, p. 31.

¹¹³ *Ibid*, p.32-33.

¹¹⁴ *Ibid*, mesma página.

Não foi contemplada a estabilidade no empregado, nos moldes do art. 496 da CLT, generalizando a todos empregados o regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Prevendo no art. 7º, III, da CF:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

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

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - fundo de garantia do tempo de serviço;... (grifamos)

O art. 7º, inc. III, consagra o regime do FGTS como o atual sistema de proteção contra a despedida arbitrária e sem justa causa, até que a lei complementar seja editada, aplicando-se, a título de indenização complementar do art. 10, inc. I, dos ADCT, o correspondente a 40% do total do saldo deste fundo. Assim, pela omissão do regime da estabilidade, depreende-se não fazer mais parte do direito do trabalhador.

A trajetória do instituto da estabilidade nas Constituições anteriores foi a seguinte:

A Constituição de 1967, no art. 158, inc. XIII, textualmente assegurava aos trabalhadores “estabilidade com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equivalente”.

Porém, a nova ordem Constitucional nada mencionou, quanto à estabilidade, deixando claro que não foi recepcionada.

O Brasil, nestes termos, acompanhou a tendência mundial, privilegiou a estabilidade relativa, “que tem por finalidade obstar ou dificultar a despedida arbitrária ou imotivada, não conceituando como tal a decorrente de causas econômicas, tecnológicas ou de reforma necessária da estrutura empresarial, além, obviamente, da rescisão contratual fundada na conduta inadequado do empregado.”¹¹⁵

¹¹⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo...{et al.}. *Instituições do Direito de Trabalho*. Vol. 1. 19ª ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira. São Paulo: LTr, 2000, p. 691.

Segundo Arnaldo Süssekind, a estabilidade do trabalhador foi muito debatida na Assembléia Nacional Constituinte, principalmente entre as organizações sindicais e Partidos Políticos de esquerda.¹¹⁶

A polêmica girou em torno de duas posições: a primeira, de autoria da Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos, pregava que todos os trabalhadores teriam direito à estabilidade desde a admissão em emprego ou ao término do contrato de experiência e a estabilidade imediata. A segunda, de autoria da Comissão da Ordem Social, fazia algumas exceções referentes ao contrato a prazo e o de experiência. Ambas pleiteavam o “direito ao emprego”, salvo cometimento de falta grave.

A seguir, foi a Comissão de Sistematização que, adotando um texto confuso da Comissão da Ordem Social sobre contrato a prazo determinado, propôs limitação de dois anos neste contrato e que “só poderiam ser ajustados ‘nos casos de transitoriedade dos serviços ou da atividade da empresa’ e, que os contrato de experiência não poderia exceder a noventa dias (art. 14, no. I)”¹¹⁷ Nela não se tocou no contrato a prazo indeterminado.

Em continuidade, de autoria do Deputado Bernardo Cabral, também relator, foi apresentado um substitutivo, que manteve a expressão “garantia de emprego”, porém ressaltou “... apenas o princípio de que seria o ‘contrato de trabalho protegido contra a despedida imotivada ou sem justa causa, nos termos da lei’”.¹¹⁸

O relator constituinte ressaltou a proteção contra a despedida arbitrária, a ser definida em lei ordinária, porém, por pressão sindical, não vingou, restando a linha de entendimento da Comissão de Sistematização, gerando um novo substitutivo.

Para Arnaldo Süssekind, foi uma pena não ter passado o primeiro substitutivo, pois deixaria a cargo do legislador ordinário “as soluções para as complexas questões relativas à matéria, as quais, como evidencia a regulamentação internacional, requerem múltiplas e minuciosas disposições.”¹¹⁹

¹¹⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 3^a ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.126-129.

¹¹⁷ *Ibid*, p. 127.

¹¹⁸ *Ibid*, mesma página.

¹¹⁹ *Ibid*, mesma página.

Por pressão dos empresários para calar os partidos de esquerda, e com apoio do PMDB e o "Centrão", enterrou-se, nas palavras de Pedro Paulo T. Manus, a estabilidade no emprego pela indenização compensatória.

O resultado foi inserir nos Atos das Disposições Constitucionais Provisórias a fixação à indenização até que a lei complementar disponha sobre a matéria.

Para Arnaldo Süssekind e Pedro Paulo T. Manus, ao dispor no art. 7º, caput, in fine, "dentre outros direitos" e, no art. 10, inc. II, do ADCT, a ressalva da garantia de emprego da gestante e membro da CIPA, significa que a Carta Constitucional no "... art. 7º, inc. I, possa vir a contemplá-la, sem que isso ofenda ao mandamento constitucional"¹²⁰, ou seja, abre a possibilidade de estabilidade, não de forma absoluta, mas provisória, para proteger determinados grupos e empregados específicos (gestante) contra a despedida.

3.6. ESTABILIDADES PROVISÓRIAS

Pedro Paulo Teixeira Manus assevera que a Constituição prevê três hipóteses de garantia de emprego, chamada de estabilidade provisória:

Essas hipóteses de garantia de emprego ao 'cipeiro', à gestante e ao dirigente sindical, contempladas expressamente pela Constituição, demonstram que embora o legislador na tenha eleito o regime de estabilidade plena, ressaltou três hipóteses em que reconheceu ser necessária a manutenção do emprego, quer pela situação do empregado em relação ao grupo que representa (membro da CIPA e dirigente sindical), quer pela sua situação específica (gestante).¹²¹

¹²⁰ MANUS, Paulo Teixeira Manus. *Despedida arbitrária ou sem justa causa*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 55.

¹²¹ *Ibid*, p. 56.

Consigna, também, o autor que várias convenções coletivas estendem essas garantias provisórias, como no “caso dos jovens em idade de alistamento militar e empregados vítimas de acidente de trabalho ou de doenças profissionais.”¹²²

Quanto aos empregados vítimas de acidente do trabalho, o TST pacificou a discussão jurídica quanto à constitucionalidade, em 1998, através do RR 473492/98, sendo que a Quarta Turma do TST não conheceu o recurso de revista formulado pela Souza Cruz SA

O art. 118 da Lei n. 8.213/91 estabelece:

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

É o que menciona a Súmula 378 TST, ex- Orientação Jurisprudencial n. 105.

Almir Pazzianotto Pinto, ao referir-se sobre a questão social do instituto da estabilidade, menciona que a problemática sobre o emprego tem que ser analisada sob três perspectivas: “humana, social e econômica”¹²³; devendo haver proteção ao trabalhador, no caso de “despedida injusta e desmotivada”¹²⁴.

Aduz, ainda, que:

O problema do emprego é, antes de mais nada, **um problema humano**, na medida em que as mulheres e os homens de bem, de caráter reto e personalidade vertical, **sentem-se feridos na sua dignidade quando recebem uma comunicação de dispensa do trabalho, sem que esta venha apoiada em fortes, irremediáveis e convincentes motivos**. É, ainda, **um problema social**, porque a ruptura do contrato priva o assalariado, mesmo temporariamente, da sua fonte exclusiva de subsistência e é, finalmente, **um problema econômico**, pois nem sempre é possível a preservação do contrato,

¹²² *Ibid*, p. 56.

¹²³ PINTO, Almir Pazzianotto. **A velha questão sindical e outros temas**. São Paulo: LTr, 1995, p. 19.

¹²⁴ *Ibid*, mesma página.

sem que isto crie dificuldades, às vezes intransponíveis dificuldades para a administração da empresa.¹²⁵ (grifamos)

E mais:

Venho sugerindo que não se busquem todas as soluções no texto constitucional que, por definição, deve ser claro na sua orientação e flexível nas mãos do legislador e intérprete, **cabendo-lhe simplesmente fixar que o contrato de trabalho é garantido contras as despedidas injustas e desmotivadas**, deixando-se à lei comum a tarefa de definir as situações nas quais o rompimento do vínculo é permitido.¹²⁶ (grifamos)

A sugestão de Almir Pazzianotto reflete a preocupação da Organização Internacional do Trabalho, em especial a Convenção No. 158, considerando os reflexos da falta de trabalho no mundo, agregados a fatores econômicos e sua repercussão na vida do trabalhador, determinado que o término da relação de trabalho seja justificado, deixando a legislação de cada Estado-Membro compatibilizar com a sua realidade interna.

Pelo exposto, reitera-se que o instituto da estabilidade no emprego não tem aplicação no ordenamento brasileiro desde 05 de outubro de 1988, contemplando apenas estabilidade provisória, ou especiais, para o dirigente sindical, membros de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, gestantes, membro de administração de cooperativa e vítima de acidentes de trabalho.

A experiência histórica do instituto fez com que ele fosse excluído da nova ordem Constitucional, por uma nova idéia de garantia ao emprego, chamada Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, com finalidade de construção de casas populares e saneamento básico, entre outras finalidades sociais.

Cabe ressaltar que os trabalhadores que conviveram com o instituto da estabilidade, como a geração anterior à atual, alegam que era de grande valia e

¹²⁵ PINTO, Almir Pazzianotto. **A velha questão sindical e outros temas**. São Paulo: LTr, 1995, p. 19.

¹²⁶ *Ibid*, mesma página.

segurança, pois era possível alcançar a aposentadoria sem a preocupação do fantasma de desemprego e, também, dar mais segurança à família.

Nascida em 1943, de forma ampla, no artigo 496 da CLT, foi uma conquista muito importante para a classe trabalhadora, adequada ao momento histórico e econômico pelo qual o País passava, porém, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tornou-se um instituto relegado ao passado, não tendo sido recepcionado.

O instituto foi substituído pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, que teve o fim claro de desafogar as empresas do passivo trabalhista que representavam os portadores de estabilidade, e não propriamente o pagamento das indenizações pelos empresários.

Octávio Bueno Magano revela as mazelas do uso do dinheiro do FGTS, malversações principalmente no norte e nordeste do País, com inúmeros desvios de finalidade.

Também foi fonte de injustiça, como mencionado por Arnaldo Sússekind, pois o regime do FGTS não obstava as despedidas dos empregados em idade madura.

A Organização Internacional do Trabalho, preocupada com rumos que o término da relação de trabalho acarreta os trabalhadores, adotou normas publicadas na Convenção n. 158, sobre o "Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador", em 22 de junho de 1982.

Inspirou o legislador constituinte, no art. 7º, inc. I, a menção à proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, que combinada ao art. 10, I, do ADTC, determina que a base da indenização compensatória sejam os depósitos do FGTS. Sepultou-se, assim, o instituto da estabilidade como garantia absoluta e relegou-se para lei complementar a tarefa de regular a proteção contra a despedida. Repise-se que há longos 19 anos aguarda-se tal regulamentação.

4. DESPEDIDA ARBITRÁRIA

A despedida arbitrária é uma das formas de extinção do contrato de trabalho, por iniciativa do empregador que, juntamente com a discriminatória, fere mais a suscetibilidade do trabalhador, pois está em jogo a sua subsistência e de sua família, atingindo sua dignidade, às vezes, de forma irreversível.

De acordo com o parecer da psicóloga Daniela Bento Fandino, a despedida é vivenciada de formas diferentes pelos trabalhadores, porém, de maneira geral, é recebida como uma perda em vários níveis e, principalmente, com vários desdobramentos físico-psíquicos, de difícil absorção, especialmente quando se trata de trabalhadores em idade madura.¹²⁷

O contexto histórico em que o instituto da despedida arbitrária foi criado é contado por quem vivenciou seus bastidores - Arnaldo Sússekind -, considerado um "arquivo vivo" do Direito do Trabalho brasileiro.

Conta ele que:

Entre 1975 e 1979, quando a comissão que presidi cuidou de atualizar a CLT, reformulando alguns dos seus capítulos, **baseei-me na doutrina alemã ao estender a proteção a todos os empregados eleitos para as CIPAS**: é o artigo 165, da Lei no 6.514, de 27 de dezembro de 1987, assinada pelo Geisel. O dispositivo diz, expressamente, o seguinte:

'Os titulares da representação dos empregados nas CIPAS não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tais as que não se fundarem em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Parágrafo único: Ocorrendo a despedida, caberá ao empregador, em caso de reclamação da Justiça, comprovar a existência de qualquer dos motivos mencionados neste artigo, sob pena de ser condenado a reintegrar o empregado'.

¹²⁷ FANDINO, Daniela Bento. Psicóloga. CRP 63811. Parecer sobre "A despedida de empregado, após vários anos de trabalho prestados, em idade madura, sem qualquer justificativa." – Anexo.

Essa é a teoria aceita ainda hoje na Alemanha. O primeiro motivo capaz de justificar a dispensa é disciplinar – quando o empregado pratica uma falta. O segundo é técnico, isto é, decorrente da introdução de uma tecnologia nova. Por exemplo, numa empresa de fiação e tecelagem, com 30 teares, antes operados por dois empregados cada um, ao se adotarem teares automatizados, bastará manter um controlador e um ajudante; os demais operadores serão demitidos. Prejuízo econômico-financeiro também justifica a demissão. **Eu e Délio Maranhão – amigo desde os tempos do Diretório Acadêmico-redigimos esta norma, para que fosse colocada na CLT como caráter geral. Golbery achou interessante a idéia e tentou um trabalho de bastidor para que fosse aprovada, mas houve uma oposição muito forte do setor econômico-financeiro do governo, e ela acabou sendo aplicada somente a quem fizesse parte das CIPAS.** ¹²⁸ (Grifamos e sublinhamos)

Depreende-se que o fundamento dos idealizadores – Arnaldo Süssekind e Délio Maranhão – era de uma garantia a todos trabalhadores contra a despedida arbitrária, mas quis o legislador, sob pressão dos empresários, tornar uma garantia provisória, chamada por Amauri Mascaro Nascimento de “estabilidade especial”:

Aquela que protege o empregado contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, enquanto persistir uma situação em que se encontra e que veda a rescisão do contrato de trabalho por ato do empregador. Este só pode despedir o empregado havendo justa causa. Terminada a situação em que se achava o empregado, geradora da proteção, cessa a garantia, cabendo a dispensa mesmo imotivada, antes proibida. ¹²⁹

A estabilidade, nos moldes propostos no art. 492 da CLT, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, tornou-se um instituto do passado, tendo em vista que a nova ordem Constitucional não a recepcionou, porém teve seu caráter social adequado para o momento histórico e econômico por que o País passava.

¹²⁸ GOMES, Ângela de Castro; PESSANHA, Elina G. da Fonte; MOREL, Regina de Moras (orgs.) **Arnaldo Süssekind, um construtor do direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.179-180.

¹²⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19ª ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 739.

Foi, no entanto, substituído pela garantia prevista no art. 7º, inc. I, da CF, que deve ser interpretado como de interesse social, não só por estar previsto no Capítulo “Dos Direitos Sociais”, mas por estar inserido no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, estando intimamente relacionado com a dignidade do trabalhador, previsto como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

O instituto da despedida arbitrária não remete à interpretação que o trabalhador tenha que permanecer no emprego contra a vontade do empregador, desconsiderando, com isso, o poder de direção e sua liberdade, porém importa expressar as razões do despedimento, os motivos pelos quais o trabalhador terá a cessação de seu contrato de trabalho. Trata-se de um tema importante, porém inadmissível a inércia legislativa de dezenove anos.

O que se pretende é a majoração da indenização devida em face da despedida de trabalhadores, em especial, daqueles que, após vários anos de serviços prestados ao mesmo empregador e com idade madura, são despedidos sem qualquer justificativa, na maioria das vezes ferindo a suscetibilidade, sua honra e seu direito ao trabalho.

Os reflexos são, quase sempre, o dano irreversível ao trabalhador, levando-o ao desemprego contínuo, verdadeira aposentadoria antecipada, verdadeiro paradoxo de um país novo que não aceita o trabalhador de meia idade, embora experiente. Nada mais justo, que, para esses casos, caiba uma indenização complementar.

Pugna-se aqui para que a futura lei complementar contemple, no gênero despedida arbitrária, proteção para os empregados antigos, com acréscimo no percentual da multa do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Hoje, essa multa é de 40% sobre o saldo dos depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviços, podendo ser graduada conforme *Kündigungsschutzgesetz – KSchG, de 1951* - a Lei alemã de proteção contra a despedida, que leva em conta os anos de serviços prestados e a idade do autor no cálculo da indenização, quando a despedida é considerada injustificada pelo Tribunal, ou podendo ser graduada conforme a sugestão de Pedro Paulo T. Manus, diferenciando-se a despedida arbitrária da despedida sem justa causa, e as respectivas indenizações em três tipos, com percentuais diferenciados, conforme a gravidade: “a) dispensa motivada por razão

disciplinar, técnica, econômica ou financeira; b) a dispensa arbitrária e c) a dispensa discriminatória”¹³⁰.

Assim, por exemplo, um empregado despedido por motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, teria, em tese, uma indenização compensatória de 40% sobre os depósitos do FGTS; sendo uma despedida arbitrária, 60% do saldo do FGTS; sendo uma despedida discriminatória, 100% do FGTS.

No caso de empregados despedidos após vários anos de serviços prestados ao mesmo empregador e em idade madura, caberia uma indenização de 60% dos FGTS, a título de reparação, por se entender arbitrária.

Pela *KSchG*, de 1951, da Alemanha, levam-se em conta: anos de serviços prestados; idade do empregado; situação familiar; oportunidade de novo emprego, entre outros, como será visto no capítulo abaixo.

4.1. ALGUNS DIPLOMAS PERTINENTES AO TEMA

4.1.1. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, DE 1948

Aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, introduziu nova concepção aos direitos humanos, em decorrência da Segunda Guerra Mundial e das transgressões perpetradas pelo nazismo .

Com o fim da II guerra e o desejo de que nunca mais violações daquela magnitude ocorressem,

fortalece-se a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, isto é, não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de

¹³⁰ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Despedida arbitrária ou sem justa causa**. São Paulo: Editores Malheiros, 1996, p. 136.

legítimo interesse internacional. Por sua vez, esta concepção inovadora aponta para duas importantes conseqüências:

1. a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional, em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, permitem-se formas de monitoramento e responsabilização internacional, quando os direitos humanos forem violados;
2. a cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito.¹³¹

E esta tem peculiar interesse aos trabalhadores.

Também, após a II Guerra Mundial, no campo das relações de trabalho, a proteção aos trabalhadores começou a ganhar, ainda de forma modesta e formal, status humanístico, o que veio a ser referendado em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, através de um documento importante, universalizando "...não apenas direitos civis e políticos, mas também direitos econômicos, sociais e culturais, como direito ao trabalho e educação."¹³²

Ela (Declaração Universal dos Direitos Humano) não constitui um tratado ratificado pelos Estados-membros da ONU; mas, por consagrar princípios fundamentais da ordem jurídica internacional, que devem caracterizar a civilização contemporânea, é considerada fonte de máxima hierarquia no mundo do Direito.¹³³

Portanto, trata-se não de uma Constituição, mas de um documento de intenções, sem qualquer coercibilidade, que enuncia vários princípios a serem seguidos por seus signatários, ...

... como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por

¹³¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2003, p. 31-32

¹³² *Ibid*, p. 35.

¹³³ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 3ª ed. atual e com novos textos. São Paulo: LTr, 2000, p. 21.

promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.¹³⁴

A temática versa sobre o “ethos dos direitos humanos”¹³⁵, o que significa nas palavras de Norberto Bobbio, o chamado “mundo do dever ser”, porém, a realidade posta no mundo é bem outra, dado que a simples menção em um documento, não é suficientemente capaz de lhe conceder efetividade, ou seja, há necessidade de eficácia material, quanto ao respeito a direitos e liberdades dos cidadãos.

Para o propósito deste trabalho e levando-se em consideração a “cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito”¹³⁶, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no art. XXIII, faz referência ao desemprego:

1. Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à **proteção contra o desemprego**.
2. Todo homem, sem qualquer distinção, tem direito a uma remuneração por igual trabalho.
3. Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Toda homem tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.¹³⁷ (grifamos)

Pela literalidade do artigo, há uma recomendação no sentido formal de proteção contra o desemprego, sem menção à estabilidade, segundo Sússekind¹³⁸, porém,

¹³⁴ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Preâmbulo.

¹³⁵ BOBBIO, Norberto, **A era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Editora Campus. p. 30.

¹³⁶ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, p. 31-32

¹³⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. 2ª ed. ampl. atual. até agosto 1998. São Paulo: LTr, 1998, p.586-587.

¹³⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 3ª ed. atual. e com novos textos. São Paulo: LTr, 2000, p. 370.

sinalizando que devem existir limites na relação de trabalho, hoje, conhecida como dignidade do trabalhador, encontrada na maior parte das Constituições democráticas.

4.1.2 TEORIA DA NULIDADE DA DESPEDIDA ARBITRÁRIA NA ALEMANHA

A referência a essa teoria se faz necessária, tendo em vista a perfeita adequação ao tema pretendido por este trabalho, na proteção aos empregados despedidos sem motivo justificado, após vários anos de serviços prestados ao mesmo empregador e em idade madura.

Iniciou-se na Alemanha, na reforma legislativa de 1951/1952 - *Kündigungsschutzgesetz* – Lei de proteção contra a despedida – *KSchG*, 1951¹³⁹- estabelecendo que:

só é lícita uma despedida socialmente justificada; (...) aplica-se ao trabalhador que possua, pelo menos, vinte anos de idade; haja trabalhado, no mínimo, seis meses para o mesmo empregador, sem interrupção, tenha a empresa, ou estabelecimento, mais de cinco empregados (...) **não impede o empregador de resilir o contrato**, mediante aviso prévio ou em virtude de justa causa; mas ao trabalhador despedido assiste o direito de, no prazo de três semanas, pedir ao tribunal a nulidade do ato patronal. Se o tribunal *concluir pela nulidade da rescisão*, porque socialmente injustificada, o empregado será reintegrado. Todavia, a lei faculta ao trabalhador optar por uma indenização. Já o empregador pode requerer a conversão da reintegração em indenização.¹⁴⁰(grifamos)

Trata-se de uma teoria que não obsta a despedida se socialmente justificada; caso contrário, o empregado será reintegrado ou, se de seu interesse, a possibilidade de indenização majorada.

¹³⁹ ROMITA, Arion Sayão. Proteção contra a despedida arbitrária. In: RODRIGUES, Aluísio (coord.). **Direito Constitucional do trabalho**. Volume 2. São Paulo: LTr. 1997, p. 200.

¹⁴⁰ *Ibid*, mesma página.

Por essa lei, conceitua-se “despedida socialmente injustificada” aquela “que não se fundamentar em motivos atinentes à pessoa ou à conduta do trabalhador ou imposta por necessidade imperiosa da empresa, que se oponha à permanência do empregado.”¹⁴¹

Uma vez despedido injustamente o empregado, não havendo interesse de discutir numa espécie de “Comissão de Conciliação Prévia”, chamada por eles de “conselho de empresa”,¹⁴² poderá pleitear diretamente na Justiça.

O cálculo indenizatório feito pela Justiça do Trabalho alemã, no caso de um empregado despedido injustamente, é representado pela seguinte fórmula:

anos de serviço X 0,5 salário mensal X fator social X risco processual

anos de serviço= anos de serviços prestados na mesma empresa

risco social= “fator que se eleva na proporção da idade do autor”¹⁴³

risco processual= sucesso da demanda

Arion Sayão Romita fornece o seguinte exemplo: empregado com 35 anos de idade e fator de risco 1.

Fator idade – quanto maior a idade, maior é o fator:

Até 35 anos, fator 1,0;
de 36 anos a 40 anos, fator 1,2;
de 41 a 49 anos, fator 1,4;
acima de 50 anos, fator 1,6.¹⁴⁴

O empregado também é distribuído por categorias:

¹⁴¹ *Ibid*, pag. 200.

¹⁴² ROMITA, Arion Sayão. Proteção contra a despedida arbitrária. In RODRIGUES, Aluísio (coord.). **Direito Constitucional do trabalho**. volume 2. São Paulo: LTr. 1997, p. 201.

¹⁴³ *Ibid*, mesma página.

¹⁴⁴ *Ibid*, mesma página.

“de 0 a 4, de acordo com a situação familiar, oportunidade de obter novo emprego etc.”¹⁴⁵

No caso do empregado com 35 anos:

no grau 0 o fator é 1;
 no grau 1, o fator se eleva para 1,1;
 no grau 2, o fator é 1,2;
 e assim sucessivamente.”¹⁴⁶

Porém, a importância a ser recebida pelo empregado tem parâmetro expresso na própria lei, deixando a Justiça com um poder restrito na fixação da indenização.

O art. 10 (§ 10) da *KSchG* estabelece critérios para a fixação desse valor: o montante máximo é de 12 salários mensais; essa cifra pode elevar-se até 15 salários mensais, se o trabalhador completou 50 anos de idade e tem 15 anos de casa; e pode chegar a 18 salários mensais, se o empregado tiver 55 anos de idade e contar 20 anos de serviço na empresa. O empregado perde o direito à indenização se, na data da cessação do contrato de trabalho, tiver idade suficiente para aposentar-se.¹⁴⁷

Depreende-se que se trata de uma teoria que não obsta a despedida, “se socialmente justificada” e contempla um sistema de indenização que leva em consideração o tempo de serviço, idade do trabalhador, situação familiar e oportunidade de obtenção de novo emprego.

Arion Sayão Romita explica que esta lei - *KSchG* - tem como finalidade a manutenção dos postos de trabalho, se for de interesse das partes (art. 9 (§ 9)).

“*Das KSchG ist seinem Zweck nach ein Bestandschutz – gesetz und Kein Abfindungsgesetz*”¹⁴⁸ – “...é uma lei de proteção do emprego, e não uma lei de

¹⁴⁵ ROMITA, Arion Sayão. Proteção contra a despedida arbitrária. In RODRIGUES, Aluísio (coord.). **Direito Constitucional do trabalho**. volume 2. São Paulo: LTr. 1997, pag. 201

¹⁴⁶ *Ibid*, mesma página.

¹⁴⁷ *Ibid*, p. 202.

¹⁴⁸ *Ibid*, p. 201.

indenizações”.¹⁴⁹

Essa teoria alemã foi fonte de inspiração da Organização Internacional do Trabalho para a aprovação da Recomendação n. 119¹⁵⁰, segundo Arnaldo Sússekind, traçando sugestões que conciliaram a garantia do trabalhador e os interesses da empresa.

É o que estabelece a lei Alemã, no art. 1º da lei sobre a terminação do contrato de trabalho: *“art. 1. de la ley sobre la protección frente a terminación; la terminación se justifica socialmente tan sólo cuando está basada em motivos relacionados com la persona, la conducta del trabajador o las necesidades imperiosas da la empresa.”*¹⁵¹

4.1.3. RECOMENDAÇÃO N. 119 DA OIT, DE 1963

Outra normatização importante para a proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária é a Recomendação n. 119 da OIT, que sofreu influência da legislação Alemã de 1951, conforme anteriormente mencionado.

Não se deve proceder à terminação da relação de trabalho, a menos que exista uma causa justificada relacionada com a capacidade ou conduta do trabalhador ou se baseie nas necessidades do funcionamento da empresa, do estabelecimento ou do serviço.

A Organização Internacional do Trabalho - OIT, foi instituída pela Conferência de Paz após a Primeira Guerra Mundial, porém, apenas em 1944, com a Declaração de Filadélfia, seus fins e objetivos foram aprovados, ampliando os princípios expostos no Tratado de Versalhes.

¹⁴⁹ ROMITA, Arion Sayão. Proteção contra a despedida arbitrária. In RODRIGUES, Aluísio (coord.). **Direito Constitucional do trabalho**. volume 2. São Paulo: LTr. 1997, pag. 201.

¹⁵⁰ SÚSSEKIND, Arnaldo...{et al.} **Instituições de Direito do Trabalho**. 19ª ed. atual. por João de Lima Teixeira Filho e Arnaldo Sússekind. São Paulo: LTr, 2000, p. 695.

¹⁵¹ **CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Protección contra el despido injustificado. Oficina Internacional del trabajo. 82ª Reunión, 1995, Ginebra, pág. 39.**

A OIT é uma associação de Estados, que tem como objetivo organizar internacionalmente as relações de trabalho, com o propósito de estabelecer (ou restabelecer): justiça social, paz e melhores condições de trabalho no mundo ¹⁵²

Nas palavras de Arnaldo Süssekind, “ A OIT, desde sua criação em 1919, elegeu o ser humano, especialmente o trabalhador, como alvo da sua atividade normativa, visando a universalizar a justiça social...”¹⁵³

O Brasil é integrante da Organização Internacional do Trabalho, a OIT,

Em face do preceituado no art. 387 do Tratado de Versailles, os 29 países signatários desse pacto da paz, e que o ratificaram, se tornaram membros fundadores da OIT, visto que essa qualidade decorria, automaticamente, da filiação à Sociedade das Nações (SDN). Outros 13 Estados também adquiriram essa qualidade, porque, convidados a aderir ao Tratado de Versailles, o fizeram.¹⁵⁴

Toda a atividade normativa dessa Organização é feita através de Recomendações e Convenções, importando-se fazer pequena menção sobre o que significam as Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho. Para Arnaldo Süssekind, as primeiras são:

tratados multilaterais abertos, de caráter normativo. Multilaterais, porque podem ter um número irrestrito de partes; abertos, porque podem ser ratificados, sem limitação de prazo, por qualquer dos Estados-membros da OIT, ainda que esse Estado não integrasse a Organização quando da aprovação do tratado (...); de caráter normativo, porque contêm normas cujo destino é a incorporação ao direito interno dos países que manifestaram sua adesão e ao respectivo tratado.¹⁵⁵

¹⁵² Nascimento, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19ª. ed., ver. e atual, São Paulo: Saraiva, 2004, p.94-95.

¹⁵³ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 3ª. ed., atual., e com novos textos. São Paulo, LTr, 200.

¹⁵⁴ *Ibid*, p. 130.

¹⁵⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 3ª ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 30.

As recomendações “se destinam a sugerir normas que podem ser adotadas por qualquer das fontes diretas ou autônomas do Direito do Trabalho, embora visem, basicamente, ao legislador de cada um dos países vinculados à OIT”.¹⁵⁶

De forma simples, pode-se dizer que uma convenção, após ratificada, obriga o Estado-membro, enquanto a recomendação é apenas uma sugestão, em regra, sem qualquer obrigatoriedade.

Pela síntese acima, agora é possível falar de algumas das espécies normativas da OIT relevantes ao tema da despedida arbitrária .

A Recomendação n. 119, segundo a OIT¹⁵⁷, foi a primeiro documento internacional a tratar sobre a terminação do contrato de trabalho, prevendo normas sobre ...

*... normas fundamentales relativas a la justificación de la terminación de la relación de trabajo, el preaviso, el derecho de recurso, el derecho a percibir una indemnización (...) Constituyó, en el plano internacional, el punto culminante de la evolución del concepto según el cual el trabajador debería estar protegido contra la terminación arbitraria e injustificada de la relación de trabajo y contra las dificultades económicas y sociales que entraña la pérdida del empleo....*¹⁵⁸

Nessa Recomendação, faz-se referência a “teoria da nulidade da despedida arbitrária”,¹⁵⁹ sem com isso revogar, alterar ou obstar o instituto da estabilidade absoluta prevista anteriormente pela OIT, segundo Arnaldo Süssekind.¹⁶⁰

Para Arnaldo Süssekind, “a Recomendação consagra o princípio de que o trabalhador deve ter direito a permanecer no seu cargo, salvo se o empregador tiver uma razão válida para dar por terminada a redução de trabalho.”¹⁶¹

¹⁵⁶ *Ibid*, p. 28.

¹⁵⁷ CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Proteccion contra el Despido Injustificado*, 82ª reunión, 1995 – Oficina Internacional Del Trabajo, Ginebra, p. 2

¹⁵⁸ *Ibid*, p. 2.

¹⁵⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3ª ed. e com novos textos. São Paulo: LTr, 2000, p. 370-371.

¹⁶⁰ *Ibid*, p. 370.

¹⁶¹ *Ibid*, p. 370-371.

Assevera, ainda, que essa Recomendação teve, também, a importância peculiar em conciliar quatro fatores: direito do trabalhador, garantia no emprego, interesse do empregador e da economia e, citando a Comissão de Expertos da OIT, da qual também participou, assim menciona:

...ainda que o objetivo fundamental da Recomendação seja o de proteger a segurança no emprego dos trabalhadores, trata também de equilibrar distintos interesses. Por exemplo, o interesse do trabalhador na segurança do emprego, posto que a perda do emprego importa a perda, para ele e sua família, dos meios de vida indispensáveis; o do empregador, em manter a autoridade nas questões que influem no funcionamento eficaz da empresa; e, por último, o interesse da comunidade em manter relações de trabalho pacíficas e evitar desequilíbrios desnecessários, seja pelo desemprego ou por unidades econômicas improdutivas...¹⁶²

Essa Recomendação endossa os ideais trazidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos em materializar a proteção aos trabalhadores de forma a respeitar a sua dignidade, enfatizando que o desemprego tem reflexos não só no próprio trabalhador, mas também na sua família.

Outra normatização importante e pertinente sobre a despedida arbitrária é a Convenção n. 158 da OIT, objeto de denúncia pelo governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, em 20 de novembro de 1996, por meio do Decreto 2.100, acatando a ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) encaminhada pela CNT (Confederação Nacional do Transporte) e a CNI (Confederação Nacional da Indústria), alegando incompatibilidade dos artigos 4 e 10 da Convenção 158 com os artigos 7º, Inciso I, da Constituição Federal.

4.1.4. CONVENÇÃO N. 158 DA OIT SOBRE DESPEDIDA ARBITRÁRIA - 1982

¹⁶² *Ibid*, p.370.

4.1.4.1. Aspecto Formal

Segundo Arnaldo Süssekind, a Convenção N. 158 foi “aprovada na 68ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra – 1982), entrou em vigor no plano internacional em 23 de novembro de 1985”¹⁶³ e, no plano nacional, “foi aprovada pelo Congresso Nacional em 17 de setembro de 1992, (Decreto Legislativo n. 68), sendo ratificada pelo Governo brasileiro em 04 de janeiro de 1995, para vigorar doze meses depois. Entretanto, sua eficácia jurídica no território nacional só se verificou a partir do Decreto n. 1855, de 10 de abril de 1996, com o qual o Governo Federal publicou o texto oficial no idioma português, promulgando a sua ratificação.”¹⁶⁴

Pedro Paulo T. Manus explica que de 17.09.1992 a 04.01.1995 nenhum efeito jurídico decorreu desse tratado internacional no ordenamento brasileiro, tendo em vista parte do iterprocedimental. Após 04 de janeiro de 1995, “a própria Convenção prevê sua vigência interna doze meses após o depósito da ratificação”;¹⁶⁵ entrando em vigência no ordenamento interno a partir de 04 de janeiro de 1996.

O mesmo autor esclarece ser objetivo da Convenção n. 158 “estabelecer regras relativas à necessidade de motivação nas dispensas de empregados”,¹⁶⁶ não concordando com aqueles que entendem que o instituto da estabilidade “foi incorporado ao nosso sistema legal”¹⁶⁷.

A doutrina, de forma majoritária, entende que a Convenção N. 158 da OIT tem como objetivo a justificação do término do contrato de trabalho pelo empregador (art. 4º) e não a proibição da despedida¹⁶⁸, objetivo este compartilhado por Souto Maior.

¹⁶³ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. 2ª ed. ampl. atual. até ago. 1998. São Paulo: LTr, 1998, p. 563.

¹⁶⁴ *Ibid*, mesma página.

¹⁶⁵ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Despedida arbitrária ou sem justa causa**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 135.

¹⁶⁶ *Ibid*, p. 136.

¹⁶⁷ *Ibid*, p. 135.

¹⁶⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto Maior. **Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da convenção n. 158 da OIT**. LTr, vol. 68, no. 11, Novembro de 2004, p. 1323-1331.

4.1.4.2. Aspecto substancial

Nas considerações da Convenção 158, vem expressa a Recomendação n. 119, que ensejou a referida Convenção, tendo em vista as “dificuldades econômicas e das mudanças tecnológicas ocorridas durante os últimos anos em grande número de países”, cujo objetivo é a existência de uma causa justificada, para o término da relação de trabalho.

É o que determina o art. 4º do tratado internacional em comento:

Não se porá fim à relação de trabalho de um trabalhador, a menos que exista para isto uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou sua conduta ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

Ratificada e posteriormente denunciada no Governo de Fernando Henrique Cardoso, a Convenção N. 158 trata de despedida justificada e despedida em massa. Importa ater-se à primeira modalidade neste estudo, ainda que superficialmente.

A Convenção n. 158 da OIT tem como objetivo instituir regras de caráter geral e obrigatório, nos casos de cessação do contrato de trabalho, por ato do empregador, justificando-se os motivos.

Amauri Mascaro Nascimento aponta cinco questões que foram objeto de discussão, sobre os efeitos da Convenção 158 no sistema normativo brasileiro:

1. Incompatibilidade formal entre a Convenção e a Constituição brasileira, eis que esta prevê lei complementar para normatização do tema;
2. a questão sobre a hierarquia existente entre a Constituição e o tratado internacional, em face do art. 5º, § 2º, que assim dispõe: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”;

1. "... a hierarquia entre a Convenção e a legislação infraconstitucional e a regra *lex posterior derogat prior*.¹⁶⁹
2. a questão sobre a harmonia do conteúdo material entre o tratado internacional e a Carta de 1988; inexistência de previsão sobre a dispensa coletiva no ordenamento brasileiro; inexistência de indenização compensatória transitória, conforme o art. 10 do Atos da Disposições Transitórias Constitucionais brasileiro; inexistência de procedimento para dispensa nem *a priori*¹⁷⁰ e nem *a posteriori*¹⁷¹;
3. a questão da reintegração, visto que o art. 4º da Convenção proíbe a dispensa arbitrária, e no art. 10 remete à legislação interna, que poderá: reintegrar, indenizar ou praticar qualquer ato que entender pertinente.

Art. 10. Se os organismos mencionados no art. 8º da presente Convenção chegarem à conclusão de que a terminação da relação de trabalho é injustificada e se, em virtude da legislação e das práticas nacionais, não estiverem facultados ou não considerem possível, dadas as circunstâncias, anular a terminação e eventualmente ordenar ou propor a readmissão do trabalhador, terão a faculdade de ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que se considere apropriada.

A proteção contra a despedida arbitrária no sistema nacional tem previsão a ser regulada em lei complementar, no art. 7º, Inc. I, CF cc art. 10, I, ADCT:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

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

¹⁶⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19ª ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 723.

¹⁷⁰ Nomenclatura utilizada por: ALMEIDA, Renato Rua. *A estabilidade no emprego num sistema de economia de mercado*. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro do (coord.). **A transição do Direito do Trabalho no Brasil**. Estudos em homenagem a Eduardo Gabriel Saad, São Paulo: LTr 1999, p.299

¹⁷¹ *Ibid*, mesma pagina.

Art. 10, inc. I, ADCT:

Art. 10. Até que seja promulgada a Lei Complementar a que se refere o art. 7º., I, da Constituição:

I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º., caput, e § 1º., da Lei 5.107, de 13 de setembro de 1966;

Diante da polêmica surgida sobre a aplicação ou não da Convenção no ordenamento interno, as Confederações do Transporte – CNT e da Indústria – CNI interpuseram uma Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn 1480, gerando um acórdão histórico, cujo Relator, o Min. Celso de Mello, DJ 18/05/01, com intuito de questionar a validade jurídico-constitucional do Decreto Legislativo no. 68/92 (aprovação do texto da Convenção nº 158) e o Decreto nº. 1.855/96 de denúncia do Brasil.

O Plenário do STF deferiu parcialmente o pedido de medida cautelar, cujo acórdão apresenta a seguinte ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONVENÇÃO 158/OIT – PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA – ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO NO. 68/92 E DECRETO NO. 1.855/96)- POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º., I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I, DO ADCT/88 – REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR – CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF. ART. 7º, I) – CONSAGRAÇÃO

CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88) – CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO NO. 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS – POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO NO. 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO – PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS.¹⁷²

Em consequência, extrai-se do acórdão:

1. Quanto à competência do STF sobre o controle de constitucionalidade dos tratados internacionais, assim se pronunciou;

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO - O Poder judiciário – fundado na supremacia da Constituição da República – dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno.¹⁷³

Alexandre de Moraes assevera que o controle de constitucionalidade representa a restrição do poder estatal, sua legitimação e deveres num Estado Democrático de Direito, observando “ a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.”¹⁷⁴

Destarte, com a manifestação do STF, ficou pacificado que tratados internacionais, como a convenção n. 158, podem ser objeto de controle de constitucionalidade por aquele Poder.

¹⁷² Adin 1480 MC – Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade – Min. Celso de Mello. Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade – Convenção no. 158/OIT – Proteção de Trabalhador Contra a Despedida Arbitrária.

¹⁷³ Fundamentos do Acórdão Processo ADI 1480 MC - Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade - Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento 04/09/1997 – Tribunal Pleno.

¹⁷⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 676.

Quanto à natureza do ato de execução e incorporação no ordenamento interno de tratados internacionais, há previsão no art. 49, inc. I e art. 84, inc. VIII, da CF, e trata-se de “ato complexo” do Chefe do Executivo e Congresso Nacional.

María Sylvia Zanella Di Pietro ensina que ato complexo

são os que resultam da manifestação de dois ou mais órgãos, sejam eles singulares ou colegiados, cuja vontade se funde para formar um ato único. As vontades são homogêneas; resultam de vários órgãos de uma mesma entidade ou entidades públicas distintas, que se unem em uma só vontade para formar o ato; há identidade de conteúdo e fins¹⁷⁵

E o acórdão assim destaca:

O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, **resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República**, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe — enquanto Chefe de Estado que é — da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais — superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional.¹⁷⁶ (grifamos)

2. Acerca da impossibilidade na utilização do tratado internacional, pelo vácuo jurídico interno, tendo em vista a matéria estar posta sob reserva constitucional, ou seja, de “lei complementar”, o acórdão assim assevera:

TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR.- “O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio *pacta sunt servanda*, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados

¹⁷⁵ DI PIETRO, María Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1992, p. 169.

¹⁷⁶ Fundamentos do Acórdão Processo ADI 1480 MC - Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade - Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento 04/09/1997 – Tribunal Pleno.

internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. **Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil – ou aos quais o Brasil venha aderir – não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar.** É que, em tal situação, a própria Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno.¹⁷⁷ (grifamos)

3. Quanto à hierarquia normativa na utilização do tratado internacional e as normas infraconstitucionais, assim manifesta-se o STF:

PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. “Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa¹⁷⁸ e, não “mera proposta para o legislador interno”, como tese sustentada por alguns juristas. “¹⁷⁹

A questão mais debatida pela doutrina sobre a Convenção N. 158, antes da EC 45/2004, era como situar tratado internacional no sistema jurídico brasileiro. Havia controvérsia e o entendimento predominante era de norma de natureza infraconstitucional – leis ordinárias - ainda que versassem sobre direitos fundamentais.

Hoje, com a introdução do § 3º ao art. 5º da CF, equiparando os tratados sobre direitos humanos à norma constitucional, desde que aprovados pelo procedimento idêntico ao das emendas constitucionais, ingressam em nosso ordenamento de forma

¹⁷⁷ Fundamentos do Acórdão Processo ADI 1480 MC - Medida Cautelar na Ação Direita de inconstitucionalidade - Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento 04/09/1997 – Tribunal Pleno.

¹⁷⁸ Transcrição da ADI 1.480 - MC – Medida Cautelar na Ação Direita de inconstitucionalidade - Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento 04/09/1997 – Tribunal Pleno.

¹⁷⁹ Fundamentos do Acórdão Processo ADI 1480 MC- Medida Cautelar na Ação Direita de inconstitucionalidade - Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento 04/09/1997 – Tribunal Pleno.

imediate, ou seja, sua aplicabilidade é imediata conforme a determinação do parágrafo 1º do art. 5º da CF.

Poder-se-ia perguntar: Há relação entre os direitos humanos e o Direito do Trabalho?

Sim. O Direito do Trabalho nasce para proteger a dignidade dos trabalhadores, passando por documentos internacionais grandiosos, como Tratado de Versalhes, Organização Internacional do Trabalho, Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, preocupados com a dignidade da pessoa humana e de proteção ao trabalho.

No ordenamento brasileiro, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho são fundamentos da nação, com o objetivo de promover a justiça social, através da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, relacionando, assim, o Direito do Trabalho aos direitos humanos.

Há que se fazer referência à existência da Recomendação n. 166 da OIT, que trata da despedida por iniciativa do empregador, mas coletivamente, que não será objeto nesta dissertação. Porém, com a globalização da economia, a preocupação da OIT, na atualidade, está dirigida a essas despedidas.

No campo interno, existe o art. 7º, inc. I, da CF cc o art. 10, inc. I, do ADCT, que será objeto de abordagem em item próprio.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

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

Art. 10º Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º caput e § 1º, da Lei 5.107¹⁸⁰, de 13 de setembro de 1966;

A respeito da inclusão do inciso I, do art. 7º, da CF, Arnaldo Süssekind assim se manifesta:

A Assembléia Nacional Constituinte, ao aprovar o inciso I do elenco de direitos sociais do trabalhador, teve a deliberada intenção de substituir a garantia absoluta do emprego (estabilidade) pela proteção à relação de emprego, mediante elevação do custo das despedidas sem justa causa ou **sem motivo razoável**.¹⁸¹ (grifamos)

Assim, após 05 de outubro de 1988, não há mais que se falar em estabilidade absoluta, no direito brasileiro.

Há, também, outra legislação interna, o art. 165 da CLT, caput, com redação dada pela lei n. 6514, de 22.12.1977, mas dirigida aos membros da CIPA.

Art. 165. Os titulares da representação dos empregados da CIPAs não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Como anteriormente mencionado por Süssekind, trata-se de parâmetros utilizados pela teoria alemã, ainda hoje aplicada. No Brasil, teve-se como objetivo seu caráter geral, mas restringiu-se, por imposição do setor econômico-financeiro do governo, dirigida inicialmente aos membros da CIPA.¹⁸²

Por fim, tem-se a referência do último projeto de Lei Complementar sobre o tema, denominado Projeto de Lei Complementar 08/2003.

¹⁸⁰ Esta lei foi revogada pela Lei no. 7.839/89, que também foi revogada pela Lei no. 8.036/90, hoje em vigor.

¹⁸¹ GOMES, Ângela de Castro; PESSANHA, Elina G. da Fonte; MOREL, Regina de Moras (orgs.). **Arnaldo Süssekind: Um construtor do direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.179-180.

¹⁸² *Ibid*, mesma página.

É um Projeto de autoria do deputado por Pernambuco, Maurício Rands, do Partido dos Trabalhadores, que regulamenta o inciso I do art. 7º da Constituição Federal, que protege a relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei complementar estabelece medidas de proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

Art. 2º Considera-se despedida arbitrária ou sem justa causa aquela que não se fundar em justo motivo objetivo ou subjetivo.

Art. 3º Considera-se justo motivo objetivo autorizativo da despedida aquele relacionado com necessidade do empregador em virtude de dificuldade econômica ou financeira, ou reestruturação produtiva.

Art. 4º Considera-se justo motivo subjetivo autorizativo da despedida arbitrária ou sem justa causa a indisciplina ou insuficiência de desempenho do empregado.

Art. 5º O ônus da prova em eventual controvérsia administrativa ou judicial sobre a despedida incumbe ao empregador.

Art. 6º A despedida que não se fundar em justo motivo objetivo ou subjetivo pode ter sua nulidade declarada judicialmente com a conseqüente reintegração, facultando-se inclusive a tutela antecipada específica, ou, a critério do empregado, pode ser indenizada.

Art. 7º Esta lei complementar entra em vigor na data da sua publicação.

Trata-se de um Projeto de Lei Complementar muito singelo para o assunto; levando-se em consideração que a partir do momento que a legislação complementar passe a vigorar, não haverá a aplicação do art. 10, I, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, pois:

1. não difere despedida arbitrária de despedida sem justa causa;
2. não faz referência a despedida em massa;
3. há necessidade da justificação expressa na despedida;
4. não fixa um critério objetivo para comprovação do “justo motivo”;
5. não fixa a indenização compensatória decorrente. Foi esquecimento?
6. Gradação da indenização compensatória, conforme sugestão de Pedro Paulo Teixeira Manus, considerando-se a gravidade da despedida; discriminando-se as espécies de despedidas e os percentuais de multa sobre o FGTS;

Com essas considerações, pretendeu-se traçar, ainda que de forma superficial, algumas referências históricas importantes do caminho trilhado para a conquista de uma normatização acerca do tema da despedida arbitrária, que, infelizmente, aguarda providência legislativa há 19 anos, em contraste com a dignidade do trabalhador e um direito chamado de protetor. Merecendo maior reflexão, quando a vítima dessa arbitrariedade for um empregado com muitos anos de empresa e em idade madura.

4.2. CONCEITOS DE DESPEDIDA ARBITRÁRIA

“Despedida é o modo de extinção do contrato individual de emprego por ato unilateral, justo ou injusto, do empregador, também denominada dispensa. Sua configuração equivale à da demissão, quando a iniciativa da ruptura é do empregado.”¹⁸³

Segundo José Augusto Rodrigues Pinto, os termos “despedida” ou “demissão”, estão relacionados com o “direito potestativo” do empregador ou “de uma faculdade jurídica oferecida a ambos os contratantes para por fim ao ajuste, independentemente da vontade do outro, em reconhecimento à natureza fortemente fiduciária da relação e, no tocante ao empregado, da própria liberdade individual”¹⁸⁴.

¹⁸³ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Repertório de conceitos trabalhista**. Volume1. São Paulo: LTr, 2000, p. 175.

¹⁸⁴ *Ibid*, mesma página.

Pelo art. 165 da CLT, com a redação da Lei no. 6.514 de 22 de dezembro de 1977, despedida arbitrária será aquela “que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.”

Amauri Mascaro do Nascimento entende não ser relevante o conceito de dispensa arbitrária enquanto a lei complementar não normatizar a indenização do art. 10 do ADCT.

...esvaziou-se momentaneamente o significado prático da conceituação de dispensa arbitrária, que ganhará, no entanto, a maior importância se a lei futura estabelecer efeitos diferentes para a dispensa arbitrária e para a dispensa sem justa causa, caso em que teria interesse prático a distinção entre as duas figuras, na medida em que viessem a ser submetidas a disciplinas jurídicas diferentes, o que não ocorrerá enquanto vigorar o direito transitório.¹⁸⁵

Para Octávio Bueno Magano¹⁸⁶, o conceito de despedida arbitrária é a “cessação do contrato individual do trabalho provocada direta ou indiretamente pelo empregador sem razão objetiva.”¹⁸⁷

Pedro Paulo Teixeira Manus, no bojo do que previu a Lei n. 6.514, dando nova roupagem ao art. 165 da CLT, conceitua dispensa arbitrária, “como sendo o despedimento sem qualquer motivação objetiva”¹⁸⁸

Maurício Godinho Delgado constitui como resilição¹⁸⁹ unilateral pelo empregador; é uma das modalidades de despedida, também chamada de despedida desmotivada, “traduz a idéia de falta de um motivo legalmente tipificado. Não se refere, é claro, à ausência de uma motivação interna à empresa (que sempre há de existir); apenas

¹⁸⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 54/55.

¹⁸⁶ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Despedida arbitrária ou sem justa causa, Malheiros. In: MAGANO, Octávio Bueno. *Despedimento Arbitrário*. *Revista Trabalho & Processo*. São Paulo, n.1, Junho/1994.

¹⁸⁷ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Op. Cit.*

¹⁸⁸ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Op. Cit.*

¹⁸⁹ Término do contrato por ato lícito das partes. “O poder de resilir é exercido mediante declaração de vontade a quem o contrato não mais interessa. Para valer, a declaração deve ser notificada à outra parte, produzindo efeitos a partir do momento em que chega a seu conhecimento.” GOMES, Orlando. *Contratos*. 12ª Ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 206-207

significa ser irrelevante para o Direito essa motivação, não necessitando ser explicitada: trata-se da denúncia vazia do contrato.”¹⁹⁰

O ponto em discussão é o de que essa modalidade de despedida, referida pelo autor acima, exerce pesada contundência no empregado, principalmente, naqueles que, após muitos anos trabalhados ao mesmo empregador, são despedidos sem qualquer motivação, interferindo negativamente, além da saúde, na subsistência do trabalhador e de sua família e, ainda, na sua dignidade, ainda mais, nos dias de hoje, de profunda escassez de empregos.

No entanto, Maurício Godinho Delgado explica que a falta de motivação é uma prática antiga e tem conotação sócio-econômica, cuja natureza jurídica, citando Orlando Gomes, é de “direito potestativo”, que, após 1988, não se coaduna com ordem Constitucional, em última análise, com o exercício da propriedade privada e a sua função social:

Embora a rescisão unilateral seja inerente, regra geral, aos contratos de duração indeterminada, no plano de Direito Civil, há peculiaridades a esses pactos, no plano do Direito do Trabalho. Afinal, a ordem constitucional valoriza, acentuatadamente, o trabalho, o bem-estar, a segurança e a justiça social na vida socioeconômica (Preâmbulo; art. 1º, IV; art. 3º, I, III e IV art. 7º, I; art 170, caput e incisos VII e VIII; art. 193, todos da Constituição de 1988. É claro que a mesma Constituição reconhece, como notável, a importância da livre iniciativa (Preâmbulo; art. 1º, IV; art. 3º, I, art. 5º, XXII; art 170, caput e incisos II, IV e IX, também todos da Carta Magna). Porém, a todo instante, o Texto Máximo compatibiliza as duas dimensões, exigindo que o exercício da propriedade privada e, portanto, da livre iniciativa, seja sempre realizado em harmonia à sua função social (art. 5º, XXIII; art. 170, caput e inciso III, VII e VIII; art. 193, também todos da constituição).¹⁹¹

A compatibilização de todos esses objetivos e princípios Constitucionais tem que levar em conta a dignidade do trabalhador, pois entende-se que “com a mudança dos tempos, não há mais o risco de serem os explorados”¹⁹² como os primeiros

¹⁹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002, p. 1129.

¹⁹¹ *Ibid*, mesma página.

¹⁹² MAGANO, Octávio Bueno. **Política do trabalho**. Volume 2. São Paulo: LTr, 1995, p. 6.

trabalhadores nas indústrias do séc. XVIII, porém, em tempos de escassez de emprego e por motivo de sobrevivência, troca-se comida e teto por nenhuma remuneração, como se vê nas grandes fazendas, até muito perto de São Paulo, ficando a dignidade da pessoa humana como o fundamento da República Federativa do Brasil, adstrita à formalidade da lei.

Dando continuidade ao tema, Souto Maior conceitua a despedida arbitrária como aquela em que o empregador não declina os motivos da despedida; é proibida pelo sistema constitucional; são passíveis de reintegração do trabalhador e, só na impossibilidade, deve o juiz converter em indenização.¹⁹³

Quanto ao entendimento do autor acima de ser a despedida arbitrária proibida pelo sistema constitucional, trata-se de posição minoritária, divergindo de grande parte dos doutrinadores pátrios.

Luiz Carlos Amorim Robortella chama de proteção do empregado contra a dispensa arbitrária de “despedida flexível”¹⁹⁴ e considera como sendo um “terceiro modelo” de dispensa. E, sob este exclusivo aspecto, de ser outra modalidade de dispensa, tem igual opinião Souto Maior.

Pela análise de Luiz Carlos Amorim Robortella, a “despedida flexível” é uma fusão entre a doutrina clássica de dispensa e o regime de estabilidade, consistindo:

na proteção do empregado contra a dispensa arbitrária, ou seja, aquela que não encontra qualquer justificativa econômica, financeira, social, disciplinar, tecnológica, ou outras claramente evidenciadoras de justo motivo. O que se reprime é apenas o despedimento *ad nutum*, sem motivo, considerado social e economicamente indesejável. Alargam-se as hipóteses de rompimento contratual ...¹⁹⁵

Por fim, sobre despedida arbitrária, preleciona Gustavo Filipe Barbosa Garcia que “o contrato de trabalho cessa, (...) por decisão do empregador, mas não se funda em qualquer motivo, seja ele de ordem disciplinar, econômica, financeira ou técnica.”¹⁹⁶

¹⁹³ MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da convenção 158 da OIT**. Vol. 68, n. 11, Novembro de 2005, p. 1323.

¹⁹⁴ ROBOTELLA, Luiz Carlos Amorim. **O moderno direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1994, p. 165.

¹⁹⁵ *Ibid*, mesma página.

¹⁹⁶ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Método, 2007, p. 370.

Não há divergência, pelo acima exposto, do conceito de despedida arbitrária, sendo certo que é aquele que ocorre por ato patronal, “sem qualquer motivação objetiva”.¹⁹⁷

4.3. ESPÉCIES DE DESPEDIDA

Segundo a classificação de José Augusto Rodrigues Pinto, são as seguintes as espécies de despedida:

- a) injusta, sem justa causa ou imotivada;
- b) justa ou por justa causa;
- c) arbitrária;
- d) indireta ou demissão forçada;
- e) obstativa;
- f) abusiva, segundo Romita;
- g) Lei 9.029/95 – proíbe práticas discriminatórias na relação de emprego.

Ocorre a despedida injusta, sem justa causa ou imotivada: “quando o empregador procede de modo abusivo, pois repousa seu ato apenas no poder ou na faculdade conferida em lei para romper a avença.”¹⁹⁸

A despedida justa ou por justa causa acontece “quando a extinção, embora procedendo de um ato unilateral, repousa em falta contratual do outro contratante, no caso, o empregado, abrigando-se no exercício do chamado poder disciplinar do empregador, em virtude da relação de hierarquia instalada entre os contratantes pelo próprio ajuste.”¹⁹⁹

¹⁹⁷ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Despedida arbitrária ou sem justa causa**. São Paulo: Editora Malheiros, 1996, p. 47.

¹⁹⁸ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Repertório de conceitos trabalhistas**. Volume 1. São Paulo: LTr, 2000, p. 176.

¹⁹⁹ *Ibid*, mesma página.

Define-se a despedida arbitrária “como forma qualificada da despedida sem justa causa, de difícil caracterização distintiva, (...) de maior intensidade do exercício abusivo do direito pelo resiliente.”²⁰⁰

Souto Maior entende que a Constituição de 88 “ao proibir a dispensa arbitrária acabou por criar uma espécie qualificada de dispensa.”²⁰¹

A despedida indireta ou demissão forçada ocorre:

... quando, por atos de execução abusiva do contrato, para cuja prática o empregador se prevalece da coação difusa impregnada em sua superioridade hierárquica, expondo o empregado a situações de constrangimento ou pressão que o impelem a tomar, ele mesmo, a iniciativa da extinção contratual, dando-lhe a aparência de demissão, o que colocaria o empregador na confortável posição de não ter de suportar os gravames da despedida injusta.²⁰²

Obstativa é o tipo de despedida de previsão doutrinária, não mais aplicada com o fim do instituto da estabilidade. Decorria de ato do empregador, com a precípua finalidade de não permitir ao trabalhador o alcance da estabilidade no emprego.

Para Amauri Mascaro Nascimento, “é aquela que tem como finalidade de impedir que, prosseguindo o contrato de trabalho, o empregado, em conseqüência, venha a adquirir um direito. Para que tal não aconteça, o empregador o despede imotivadamente. Mas só em aparência. O motivo real não transpira.”²⁰³

A despedida abusiva é aquela que decorre de ato ilícito do empregador.

Mais à frente, será apresentado o entendimento de Arion S. Romita, para quem a **despedida arbitrária é lícita e, apenas, a despedida abusiva ilícita**. No seu pensar, a despedida abusiva decorre de ato ilícito do empregador, por atingir o direito de personalidade do empregado.

A Lei 9.029/95 proíbe práticas discriminatórias na relação de emprego.

²⁰⁰ *Ibid*, p. 176.

²⁰¹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da convenção 158 da OIT**. LTr, Vol. 68, n. 11, Novembro de 2004, p. 1324.

²⁰² PINTO, José Augusto Rodrigues. **Repertório de conceitos trabalhistas**. v.1. São Paulo: LTr, 2000, p. 176.

²⁰³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 55.

É a pior de todas as despedidas, pois parte-se da idéia de que o ser humano é uma mercadoria; exatamente o que Kant já repudiava há quase dois séculos.

Pedro Paulo Teixeira Manus, ao tratar da regulamentação da despedida por ato discriminatório, entende caber a reintegração, porque “se assim não for estar-se-á permitindo ao empregador, como hoje ocorre, agir não só contrariamente ao princípio da continuidade do contrato de trabalho, mas contrariamente, em alguns casos, a princípios legais, morais e éticos...”²⁰⁴

Eis um Recurso de Revista sobre o tema - RR 462888/1998, em que o Tribunal Superior do Trabalho julga o primeiro caso de discriminação por idade, embora a Lei 9.029/95 não tenha sido aplicada, há menção do relator.

A Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho manteve a decisão de segunda instância que determinou a reintegração de um técnico industrial demitido após completar 60 anos. A Equitel S/A – Equipamentos e Sistemas de Telecomunicações - empresa do grupo alemão de telecomunicações Siemens Ltda. - negou que tenha por norma interna a dispensa de empregados que atinjam essa idade e apontou funcionários sexagenários na ativa.

Ao anular a demissão e determinar a reintegração, o Tribunal Regional do Trabalho do Paraná apontou que, embora a norma não esteja expressa no regulamento da empresa, a prática é “usual”. A turma solicitou que o Ministério Público do Trabalho investigue a prática discriminatória e tome as providências cabíveis para coibi-la.

Relator do recurso, o juiz convocado André Luís Moraes de Oliveira afirmou que umas das funções do Poder Judiciário é aplicar a lei de modo a atender os fins sociais e preservar o bem comum. “E é exatamente esta a situação que se apresenta nesse caso. O alcance desta decisão vai além da simples aplicação da lei. Se a prática de dispensa por idade se tornar usual em todos os segmentos do mercado de trabalho elevará ainda mais as estatísticas, já elevadíssimas, da queda da empregabilidade após os 50/60 anos, como é notório em nosso País”, afirmou.

No recurso ao TST, a defesa da Equitel argumentou que, como empregadora tinha o direito de realizar atos sem a concordância do empregado (direito potestativo) e por isso a demissão não poderia ser anulada. Além disso,

²⁰⁴ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Despedida arbitrária ou sem justa causa**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p.136.

segundo a empresa, não há lei determinando a reintegração do empregado em caso de despedida discriminatória. O argumento foi rechaçado pelo relator. Segundo ele, o direito da empresa de despedir um empregado "deve obedecer a parâmetros éticos e sociais, de forma a preservar a dignidade do cidadão trabalhador.

Por isso, devem ser observados princípios constitucionais como os que garantem a igualdade de todos perante a lei (artigo 5º) e promovem o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação (artigo 3º, inciso XXX). O relator lembrou que, embora à época da demissão (1992) não estivesse em vigor a Lei 9.029/95 (que proíbe práticas discriminatórias na relação de emprego), deveriam ter sido observados os princípios constitucionais que coíbem a discriminação. A tese do juiz André Luís foi plenamente apoiada pelo presidente da Quinta Turma, ministro Ríder de Brito, para quem "o princípio está acima da lei".

Mesmo posicionamento foi adotado pelo ministro Gelson de Azevedo, que embora não tenha participado oficialmente do julgamento, comentou a decisão inédita. "A discriminação não pode ser tolerada. Se houve discriminação por idade, um princípio constitucional foi violado e um princípio é muito mais que uma norma", afirmou. Por sugestão do ministro Brito Pereira, cópias dos autos serão encaminhadas ao Ministério Público do Trabalho para que tome as providências cabíveis. (RR 462888/1998)²⁰⁵

Prestigiou-se aí o que Kant já pregava há séculos, no sentido de que o ser humano não pode ser tratado como mercadoria, objeto descartável. Porém, não se defende nesta dissertação a reintegração. Entende-se aqui que a despedida discriminatória, embora desprezível, fere a dignidade do empregador, que tem o direito de não ter o empregado de volta aos quadros da empresa, devendo, porém, pagar indenização agravada, pela conduta gravíssima.

Segundo Arnaldo Sússekind, também a OIT tem sua classificação de despedida, que no caso são quatro tipos :

- 1º conduta do trabalhador (falta ou violação da disciplina);
- 2º capacidade do trabalhador (carência de qualificações ou de capacidade para

²⁰⁵ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Notícias do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em <tst.gov.br>. Acesso em: 06 fevereiro, 2007.

prestar o trabalho para o qual foi contratado; trabalho insatisfatório);
 3º ausência do trabalho ou incapacidade resultante de enfermidade ou acidente;
 4º motivos de índole econômica, tecnológica, estrutural ou similar.²⁰⁶

Como se percebe, são condutas objetivas, socialmente justificadas e de fácil comprovação pelo empregador.

Na interpretação de Souto Maior, há quatro tipos de dispensa: a imotivada ou dispensa arbitrária; a sem justa causa (motivada); a com justa causa (art. 482 CLT) e discriminatória (Lei 9.029/95).

Adapta-se adequadamente aos objetivos deste trabalho a classificação de Pedro Paulo Teixeira Manus, para efeito de futura lei complementar do art. 7º, inc. I, da CF :
 “a) a dispensa motivada por razão disciplinar, técnica, econômica ou financeira; b) a dispensa arbitrária e c) a dispensa discriminatória ...”²⁰⁷

Para o referido jurista, como acima dito, todas ensejam indenização, porém futura lei complementar poderá graduar essa indenização, conforme o caso, tornando-a mais severa, se injustificada.

Em outras palavras. Utilizando-se o critério de despedida sem justa causa – como aquelas por razão disciplinares, técnica, econômica ou financeira e de despedida arbitrária – aquela sem qualquer motivação – Pedro Paulo Teixeira Manus sugere que futura lei complementar contemple indenizações diferenciadas e, de forma gradual, a serem pagas pelo empregador.

Hoje, o empregador paga 40% sobre o saldo do FGTS para as “despedidas arbitrárias ou sem justa causa”²⁰⁸; a primeira providência do legislador para futura lei complementar deverá contemplar conceitos diferentes; após fixar percentuais diferentes de multa sobre o FGTS para cada despedida. Para a despedida sem justa causa, como sugestão, 40% do saldo do FGTS; na despedida arbitrária, 60% e 100% na despedida discriminatória .

²⁰⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo ...{et al.}. **Instituições de Direito do Trabalho**. 19ª ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2000, p. 697-698.

²⁰⁷ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Despedida arbitrária ou sem justa causa**. São Paulo: Malheiros Editores, p. 136.

²⁰⁸ Art. 7º, inc. I, CF

Vale lembrar que a *KSchG* de 1951, adota um critério em que o tempo de serviço e a idade são considerados numa eventual indenização, havendo despedida socialmente injustificada.

4.4. DISTINÇÃO ENTRE “DESPEDIDA ARBITRÁRIA” E “SEM JUSTA CAUSA”

Amauri Mascaro do Nascimento entende não ser também relevante a distinção do conceito de dispensa arbitrária e sem justa causa, enquanto a lei complementar não normatizar a indenização do art. 10 do ADCT.

...esvaziou-se momentaneamente o significado prático da conceituação de dispensa arbitrária, que ganhará, no entanto, a maior importância se a lei futura estabelecer efeitos diferentes para a dispensa arbitrária e para a dispensa sem justa causa, caso em que teria interesse prático a distinção entre as duas figuras, na medida em que viessem a ser submetidas a disciplinas jurídicas diferentes, o que não ocorrerá enquanto vigorar o direito transitório.²⁰⁹

Para Pedro Paulo Teixeira Manus, despedida sem justa causa “é o ato de desfazimento do contrato de trabalho que, embora o empregador apresente razões de ordem subjetiva, não se funda em ato faltoso cometido pelo empregado.”²¹⁰

Já a “dispensa arbitrária é aquela despida sem qualquer motivação plausível”²¹¹; “é o ato de empregador tendente a desfazer o contrato de trabalho, sem aparente motivação de ordem objetiva ou subjetiva.”²¹²

E continua o autor, ao distinguir os institutos: “Nesse sentido, despedida arbitrária, como para nós é claro, é conceito diverso de dispensa sem justa causa.”²¹³

²⁰⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 54-55.

²¹⁰ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Despedida arbitrária ou sem justa causa*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 50

²¹¹ *Ibid*, p. 47.

²¹² *Ibid*, p. 49.

²¹³ *Ibid*, p. 47

Arion Sayão Romita entende que não há “palavras inúteis”²¹⁴, na norma Constitucional, assim, há, tecnicamente distinção entre os dois institutos:

... a lei complementar deverá dispensar a cada uma das figuras tratamento específico e diferenciado. Poder-se-ia também afirmar que a expressão é a pleonástica, pois a despedida sem justa causa constitui modalidade de despedida arbitrária. Contra essa interpretação, porém, argumenta-se que a Constituição não contém palavras inúteis: se ela contempla, ao lado da “despedida arbitrária”, a “despedida sem justa causa”, a lei infraconstitucional não pode ignorar a distinção imposta pela Lei Maior, vale dizer, só lhe cabe desenvolver a lição da fonte hierárquica superior. **Por tais motivos, a futura lei complementar, em boa técnica legislativa, deverá regular de maneira diferente a proteção contra a despedida arbitrária e contra a despedida sem justa causa, prevendo montantes variados para a indenização compensatória devida em cada hipótese concreta de despedida.**²¹⁵
(grifamos)

Pedro Paulo Teixeira Manus tem a mesma opinião que Arion Sayão Romita, conforme mencionado anteriormente. E, defende-se aqui, dentro do gênero despedida arbitrária, que hão de ser graduadas as hipóteses de despedida, em que a indenização compensatória deva ser estipulada para cada caso, conforme a gravidade e, em especial, no caso do trabalhador já de meia idade, após anos de serviços prestados ao empregador, que venha a ser despedido sem qualquer motivo, sem qualquer justificativa.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia entende ser possível diferenciar-se dispensa sem justa causa de despedida arbitrária, asseverando que esta tem um caráter mais abrangente que aquela, porém adverte que em termos legislativo são “idênticas”.

Em termos doutrinários, conceituais ou teóricos, **a dispensa sem justa causa** poderia ser diferenciada da dispensa arbitrária, pois aquela é a cessação do vínculo de emprego, por decisão do empregador, mesmo não tendo o empregado incorrido em justa causa, ou seja, motivo disciplinar. Já na

²¹⁴ ROMITA, Arion Sayão. Proteção contra a despedida arbitrária. In: RODRIGUES, Aluisio (coord.). **Direito constitucional do trabalho**. São Paulo: LTr, outubro, 1997, p. 216.

²¹⁵ *Ibid*, mesma página.

dispensa arbitrária, o contrato de trabalho cessa, também por decisão do empregador, mas não se fundando em qualquer motivo, seja ele de ordem disciplinar, econômica, financeira ou técnica.²¹⁶

O mesmo autor ressalta que a dispensa arbitrária tem uma dimensão maior que a da dispensa sem justa causa, em que pese o tratamento ser “praticamente idêntico”²¹⁷

Pelas várias conceituações dos doutrinadores acima, depreende-se que despedida arbitrária e despedida sem justa causa são institutos diferentes, devendo, portanto, a futura lei complementar contemplar tratamentos distintos, sem perder de vista que a despedida arbitrária é muito mais gravosa para a dignidade do trabalhador, requerendo, então, a fixação de uma indenização maior do que aquela da despedida sem justa causa.

Dando seqüência ao trabalho, faz-se necessário o estudo da despedida arbitrária à luz da Constituição Federal.

²¹⁶ GARCIA, Filipe Barbosa Garcia. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Método, 2007, p. 370

²¹⁷ *Ibid*, mesma página.

5. DESPEDIDA ARBITRÁRIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

5.1. CONTEÚDO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ART. 7º, INCISO I, DA CF.

A proteção contra a despedida arbitrária está prevista no título II “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, inserida no capítulo II “Dos Direitos Sociais”, no art. 7º., inc. I, assim previsto:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

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

A fonte inspiradora do art. 7º, I, segundo Pedro Paulo Teixeira Manus, foi a Convenção 158, traçando “regras gerais relativas à necessidade de motivação nas dispensas de empregados.”²¹⁸ Sendo assim, a lei complementar terá, em tese, que perseguir os objetivos traçados pelo tratado, que é a motivação nos casos de despedida. É o que o art. 4º. da Convenção 158 aduz:

Art. 4. Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.²¹⁹

²¹⁸ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Despedida arbitrária ou sem justa causa*. São Paulo: Editora Malheiros, 1996, p. 136

²¹⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. 2ª ed. ampl. atual. até ago. 1988. São Paulo: LTr, 1998, p. 565

Com relação ao conteúdo do art. 7º, inc. I, Arion Sayão Romita faz uma crítica sobre o **direito do trabalhador à relação de emprego protegida**, alegando que a Carta Constitucional protegeu a relação jurídica existente entre empregado e empregador, mas não como um “direito” do trabalhador, assim asseverando:

Conceitua-se como “direito” dos trabalhadores relação de emprego protegida contra despedida arbitrária. Ora, relação de emprego vem a ser relação jurídica gerada pela prestação de trabalho subordinado por uma pessoa física em favor de outrem. Não é direito. Bastaria que se escreva:

I - proteção contra despedida arbitrária, etc., pois é de proteção, afinal, que se trata.²²⁰

Não é o que aduz José Afonso da Silva, “Temos para nós que a garantia do emprego é um direito, por si bastante, nos termos da Constituição, ou seja, a norma do art. 7º, I, é por si só suficiente para gerar o direito nela previsto.”²²¹

E continua o mesmo autor: “a garantia do emprego significa o direito de o trabalhador conservar sua relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.”²²²

Parece que esse **direito** a que o autor se refere seja realmente “direito” a um emprego protegido.

E a resposta está na própria Constituição Federal, no art. 7º., inc. I, para José Afonso da Silva e no art. 6º., para esta dissertação. Esse artigo 6º. consigna o mínimo de proteção a cargo do Estado e, entre eles, o direito social do trabalho, para a pessoa ter vida digna.

Outro argumento constitucional está no título VII, “Da Ordem Econômica e Financeira”, que trata dos princípios gerais da atividade econômica, baseada na valorização do trabalho humano e livre iniciativa, tendo como um dos princípios a busca do pleno emprego.

²²⁰ ROMITA, Arion Sayão. Proteção contra a despedida arbitrária. In: RODRIGUES, Aluisio (coord.). **Direito constitucional do trabalho**. São Paulo: LTr, V. 2, outubro, 1997, p. 213.

²²¹ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 27ª ed., ver. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 290.

²²² *Ibid*, mesma página.

É o que diz textualmente o art. 170, inc. VIII, CF, quando menciona “busca do pleno emprego”.

Helio Gurovitz e Nelson Blecher, em artigo na Revista Exame²²³, entrevistam Flávio Farah sobre o papel das empresas. Para 93% dos brasileiros entrevistados a função da empresa é “gerar empregos” e os demais, “dar lucro aos acionistas”. Assim ressalta:

A função das empresas é atender prioritariamente às necessidades mínimas das pessoas em termos de bens e serviços. Essa regra é reforçada pelo disposto no inciso III, que consagra a função social da propriedade. Ademais, o inciso VIII, ao estabelecer o princípio da busca do pleno emprego, coloca a geração de empregos dentro da função social das empresas. A atividade econômica só se legitima quando cumpre sua finalidade, qual seja, assegurar a todos existência digna.²²⁴ (grifamos).

A entrevista retrata a voz da maioria dos brasileiros, que a função da empresa é gerar emprego, reafirmando o consagrado pelo art. 6º. - direito ao trabalho.

Desta maneira, é possível asseverar que é o texto Constitucional que diz que é um direito.

Nesta dissertação defende-se o argumento de ser um direito, porém há opiniões divergentes de doutrinadores do gabarito de Sérgio Pinto Martins e Arion Sayão Romita, no sentido de que a proteção de o art. 7º., inc. I, refere-se a relação de emprego e não o direito à um emprego.

Na verdade, relação de emprego é a relação jurídica. Não é um direito. O que deveria ser protegido contra a dispensa arbitrária é o direito ao emprego e não à relação de emprego. O certo seria proibição da dispensa arbitrária, pois, num primeiro momento, quem protege não proíbe. Toda dispensa arbitrária é, porém, sem justa causa. Do contrário, não seria arbitrária.²²⁵

²²³ GURVITZ, Helio e BLECHER, Nelson. Dar lucro aos acionistas não é a missão da empresa. Revista Exame, 30 de março de 2005, p. 20-25. Disponível em: http://www.rhportal.com.br/artigos/wmview.php?idc_cad=5lzy7vdwu. Acesso em 13 dezembro, 2007.

²²⁴ Idem

²²⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 348

Destarte, a interpretação do art. 7º, inc, I, deve ter como referência o sistema Constitucional, ou seja, à luz da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, pois trata-se de um direito, devendo, ser assim tutelado pelo Estado.

Percebe-se, pelo exposto, que a proteção desejada pelo constituinte, quanto ao conteúdo do art. 7º, inc. I, é de proteção contra a despedida arbitrária, não mais nos moldes da estabilidade do art. 492 da CLT, examinada no capítulo anterior.

Prosseguindo, é necessário perquirir-se o porquê da opção por lei complementar na proteção contra a despedida arbitrária.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho relata a origem da lei complementar e faz referência a uma modalidade normativa “sobre a qual o texto constitucional é lacônico e obscuro, forçando o intérprete a apoiar-se quase exclusivamente na opinião da doutrina em seu estudo.”²²⁶

O autor ensina que a lei complementar foi prevista através da Emenda Constitucional nº 4, da Constituição de 1946, no art. 22. “que se complementasse o sistema parlamentar de governo mediante leis caracterizadas pela exigência da maioria absoluta, para sua aprovação, nas duas Casas do Congresso.”²²⁷

Esse tipo de normatização foi uma maneira política de permitir a posse do vice-presidente, João Goulart, que era acusado de ligação com os comunistas. Mas, durou pouco tempo o sistema parlamentarista no Brasil, e, no plebiscito de 06 de janeiro de 1963, 80% dos brasileiros votantes optaram pelo sistema presidencialista.

A Emenda nº. 4 foi revogada e com ela sua previsão, porém Miguel Reale, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, sugeriu seu restabelecimento quando da reforma do Poder Legislativo.²²⁸

Portanto, define o autor: “como a lei ordinária, a lei complementar no Direito pátrio é um ato complexo desigual. Só se aperfeiçoa quando a vontade do Congresso, manifestada, por sua vez, num ato complexo, se soma a do Presidente, ou quando se supera a falta desse consentimento por meio de nova deliberação parlamentar.”²²⁹

²²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 1990, p. 183.

²²⁷ *Ibid*, mesma página.

²²⁸ *Ibid*, mesma página.

²²⁹ *Ibid*, mesma página.

O art. 7º, I, da Constituição Federal remete à lei complementar, dada a importância dessa matéria e sua complexidade, necessitando de um tratamento especial. Porém, esse poderia ser um papel a ser desempenhado pelos sindicatos de classe e, por via ordinária²³⁰, já que em 19 anos nossos legisladores não tiveram interesse para se debruçar sobre o assunto.

E, seria possível tecnicamente a utilização da via ordinária, por três aspectos:

1º. Porque a lei complementar é elaborada como lei ordinária, nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, salvo com maioria para sua aprovação;

2º. Para Pedro Paulo Teixeira Manus, a lei ordinária poderia até "instituir proteção maior ou mais abrangente ao trabalhador"²³¹, tendo em vista o princípio protetor que é fundamento do Direito do Trabalho;

3º. Ou, pelos sindicatos, através da convenção ou acordo coletivo. Da mesma forma que foi convencionado o aviso prévio proporcional, que se não fosse a autonomia privada coletiva, estaria até hoje sem ser usufruído pelos trabalhadores.

De forma divergente, Souto Maior entende que o art. 7º, por ser uma garantia constitucional, independe de lei complementar para eficácia jurídica. Trata-se de norma de eficácia plena, de aplicação imediata. Outrossim, é a quantificação da indenização compensatória que depende de tal lei, no caso de descumprimento do comando constitucional; hoje, de 40% sobre o saldo do FGTS.

Mesmo que assim não fosse, é evidente que a inércia do legislador infraconstitucional (já contumaz no descumprimento do comando constitucional) não pode negar efeitos concretos a um preceito posto na Constituição para corroborar o princípio fundamental da proteção da dignidade humana (inciso III, do artigo 1º) especialmente quando a dispensa de empregados se configure

²³⁰ A possibilidade de utilização da via ordinária, "sempre de acordo com a lei complementar regulamentadora, em casos específicos" é posição do Prof. Manus, **Despedida arbitrária ou sem justa causa**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 51

²³¹ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Despedida arbitrária ou sem justa causa**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p.51.

como abuso de direito, o que, facilmente, se vislumbra quando um empregado é dispensado, sem qualquer motivação...²³²

José Afonso da Silva tem igual entendimento a cerca de a aplicabilidade do art. 7º. inc. I, porém, ressalva :

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 justa causa) que delimitem sua eficácia...²³³

Assim, para o autor acima, como depende da lei complementar para determinar os limites, trata-se de uma norma de eficácia contida ou nas palavras de Amauri Mascaro do Nascimento: “ de aplicabilidade imediata, mas não integral...”²³⁴

Quanto à “eficácia jurídica”, Amauri Mascaro Nascimento entende que é um dos temas mais importantes no que diz respeito às normas Constitucionais.

A teoria moderna, partindo do pressuposto de que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia, prefere dar outra roupagem ao tema, por meio de uma divisão tricotômica: **normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata**; **normas de eficácia contida e aplicabilidade imediata**, mas passíveis de restrições; e **normas de eficácia limitada**, cuja estruturação definitiva o legislador deixou para providência ulterior. As primeiras não necessitam de legislação integradora. As segundas são de aplicabilidade imediata, mas não integral, porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade. As terceiras não produzem, com a entrada em vigor da Constituição, todos os seus efeitos essenciais. São de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque só incidem depois de normatividade ulterior.²³⁵ (grifamos)

²³² MAIOR, Jorge Luiz Souto Maior. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da convenção N.158 da OIT. *Revista LTr*, vol. 68, novembro/2004, p. 1323.

²³³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27ª ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 290

²³⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 32ª edição. São Paulo: LTr, 2006, p. 60.

²³⁵ *Ibid*, mesma página.

Defende-se aqui que o comando Constitucional do art. 7º, inc. I, deixou claro que caberá à lei complementar a normatização sobre a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, dada a importância “e os reflexos econômico, político e social”²³⁶ sobre o tema.

Porém, há que se ressaltar que o Direito do Trabalho é “plurinormativo”²³⁷ e nele vigora o princípio da norma mais favorável, acolhendo normatização infraconstitucional, contratual ou convencional (acordo ou convenção coletivo) que melhor beneficie o trabalhador, dada a natureza social e protetora deste ramo do Direito, exceto por proibição expressa do texto Constitucional, sendo possível assim, o aumento do leque de proteção, possibilitando, para esta dissertação, o mesmo raciocínio sobre a proteção aos trabalhadores com vários anos de serviços prestados ao mesmo empregador e em idade madura.

Prosseguindo, o legislador também deixa a cargo da lei complementar a previsão sobre a indenização, no caso de despedida arbitrária e justa causa, chamando-a de “indenização compensatória”.

Assim prevendo:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, **que preverá indenização compensatória**, dentre outros direitos; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - **fundo de garantia do tempo de serviço**; (grifamos)

Para Amauri M. Nascimento, havendo dispensa arbitrária ou sem justa causa, a indenização compensatória é a mesma. Não há impedimento ao empregador em dispensar, sendo devido o percentual de 40% dos depósitos do FGTS.

²³⁶ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Despedida arbitrária ou sem justa causa**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 50-51.

²³⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 32ª edição. São Paulo: LTr, 2006, p. 61.

O empregador tem direito de rescindir o contrato de trabalho. Se a dispensa caracterizar-se como arbitrária ou sem justa causa, o empregador pagará um acréscimo nos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (CF, arts. 7º, I, e 10, I, das Disposições transitórias). Logo, nada impede a dispensa.

(...)

(...) se houver dispensa arbitrária, será esse o acréscimo. Se houver dispensa sem justa causa, também. Se a dispensa for arbitrária e sem justa causa, não será outra: o acréscimo sobre os depósitos.²³⁸

Semelhante é a posição de Arion Sayão Romita.

Na verdade, literalmente, a Constituição determina a indenização compensatória no percentual de 40% do FGTS, tanto no caso de a despedida ser sem justa causa ou na arbitrária, mas isso não significa que não poderá ser objeto de alteração.

Assevera Pedro Paulo Teixeira Manus que na interpretação “além de outros” no *caput* do art. 7º é a brecha deixada pela Carta Constitucional na criação de outros direitos – “via legal ou contratual”²³⁹ – que objetivem à melhora da vida dos trabalhadores, não restringindo aos mencionados nos incisos do mesmo artigo.

Assim, não só direitos como também outras indenizações poderiam ser criados; em especial, a possibilidade de uma indenização complementar, para os empregados antigos e de idade madura, no caso de despedida arbitrária.

Entende, também, Pedro Paulo Teixeira Manus que o próprio mandamento dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias, Art. 10, inc I, permite interpretar a possibilidade de cada tipo de despedida ter uma “indenização compensatória”, assim sugerindo: “Esta indenização poderá estabelecer valores diferentes para cada tipo de despedida, a partir da gradação prévia, em função da motivação, menor ou inexistente em caso de despedida do empregado”.²⁴⁰

E explica que o legislador ao equiparar o mesmo valor de multa para a despedida arbitrária e para a sem justa causa – de 10% a 40 % do saldo do FGTS -,

²³⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19ª ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 733.

²³⁹ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Despedida arbitrária ou sem justa causa**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p.51.

²⁴⁰ *Ibid*, mesma página.

não disse que os institutos tinham o mesmo conceito e nem os mesmos efeitos, apenas fixou-os no mesmo patamar e deixou a cargo da lei complementar a polêmica.

Acertada e inteligente, mais uma vez, a sugestão de Pedro Paulo Teixeira Manus; não resta dúvida de que seria uma forma de reparar a situação de inúmeros trabalhadores despedidos, sem qualquer justificativa, em especial, considerar arbitrária a despedida dos trabalhadores, após vários anos de serviços prestados e em idade madura, atribuindo nesses casos uma multa sobre o FGTS de, sugerindo-se aqui, por exemplo, de 60%.

Não se tem aqui a menor pretensão de estabelecer (ou restabelecer) um direito para o qual o empregado tenha que permanecer no emprego, contra a vontade do empregador, mas sim fixar uma normatização que leve em conta a dignidade do trabalhador e a de sua família, e que a responsabilidade social do empregador não seja tarifada em 40% dos depósitos do FGTS, considerando o número de anos trabalhados ao mesmo empregador, em que este, pelo tempo, chancela a importância da figura do empregado para a empresa.

Seria um retrocesso reprecinar o instituto da estabilidade, em que a vontade geral da sociedade anuiu que fosse derogado; há, todavia, casos que merecem reflexão. São verídicos os exemplos abaixo:

1. Objeto de RR – TST no. 462888/1998, Lino Fernandez Garcia, 70 anos de idade, trabalhou vários anos na Siemens Ltda, ao completar 60 anos foi despedido; reintegrado em 2003, por decisão judicial. (RO- TRT 166.33/1995-000-09-00);
2. Helena Lago, admitida em 1979 e despedida em 2006, sem qualquer motivo, depois de 27 anos de trabalho na mesma empresa , com 47 anos de idade;
3. João Luciani Ferreira, admitido em 1968 e despedido em 1993, sem qualquer motivo, depois de 25 anos de trabalho, na empresa Brink's SA Transporte de Valores, com 50 anos de idade, gerente do Departamento de Processamentos de Dados dessa empresa multinacional;

Com exceção do caso de João Luciani Ferreira, que a empregadora direcionou para uma empresa de recolocação de executivos e arcou com as despesas, é repetitiva a melancólica história contada pelos trabalhadores.

Importa repisar que um empregado, que tenha a cessação de seu contrato de trabalho depois de vários anos, em uma mesma empresa e em idade madura, por certo, tem uma situação muito diferente daquele despedido após meses ou poucos anos. Por isso mesmo, carece de um tratamento diferenciado.

Jorge Miranda distingui duas abrangências ao princípio da igualdade – um negativo e outro positivo. O primeiro, em síntese, equivale a vedar condutas discriminatórias, e a segunda, com 4 conteúdos, porém, uma em especial vem ao encontro dos objetivos deste trabalho:

Tratamento das situações não apenas como existem mas também como *devem* existir, de harmonia com os padrões da Constituição material (acrescentando-se, assim, uma componente activa ao princípio e fazendo da igualdade perante a lei uma verdadeira igualdade *através* da lei. ²⁴¹

A idéia é que o princípio da igualdade, no plano positivo, tenha harmonia com o sistema constitucional, seus princípios e valores, o que significa dizer, em harmonia com os fundamentos do art. 1º. da CF, dentre eles a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, permitindo que trabalhadores com muitos anos de empresa e em idade madura, tenham um tratamento constitucional diferenciado, sem caracterizar discriminação.

Celso Antonio Bandeira de Mello chama de “discrímem idôneo” a possibilidade de as normas legais discriminar pessoas ou situações desde que autorizados pela lei²⁴².

²⁴¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Direitos fundamentais. 3ª ed. ver. e atual., 2000, p.221-224.

²⁴² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. atual. 15ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 12.

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargos, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua reside exata e precisamente em dispensar tratamento desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em uma ou em outras vêm a ser colhida por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por obrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos.²⁴³

E para auxiliar a compreensão de casos de discriminação legítimos o autor acima cita:

...cabe observar que às sociedades comerciais quadram, por lei, prerrogativas e deveres diferentes dos que pertinem às sociedades civis; aos maiores é dispensado tratamento inequívoco àquele outorgado aos menores; aos advogados se deferem certos direitos e encargos distintos dos que lhe calham aos economistas ou aos médicos, também diferenciados entre si no que concerne às respectivas faculdades e deveres. Aos funcionários assistem vantagens e sujeições que não são irrogáveis a quem careça desta qualidade. Entre os servidores públicos alguns desfrutam de certos benefícios que falecem a outros, dependendo, por hipótese, de serem concursados ou não. As mulheres se aposentam aos trinta anos, os homens aos trinta e cinco anos. Os exercentes de função gratificada de chefia percebem uma importância correspondente, ao passo que os subalternos dela carecem. Os que cumprem certo tempo de serviço sem faltas e notas desfavoráveis são agraciados com licença-prêmio; aos restantes não se dispensa igual benefício.²⁴⁴

Assim, pelos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, considera-se possível tecnicamente que um empregado com vários anos de empresa e em idade madura tenha uma indenização maior, ou seja, uma multa do FGTS majorada, no caso de despedida sem motivação sem ensejar discriminação em relação aos empregado com poucos anos de empresa, desde que a lei faça essa distinção, pois o sistema

²⁴³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. atual. 15ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 12-13.

²⁴⁴ *Ibid*, p. 13.

constitucional assim permite, nos artigos 1º. III e IV, art. 6º. e 7º. e outros, o chamado de *discrímen* pelo referido jurista.

Voltando, propriamente ao tema, Pedro Paulo Teixeira Manus sugere a “gradação prévia” ao referir-se à indenização compensatória: “Esta indenização poderá estabelecer valores diferentes para cada tipo de despedida, a partir de uma gradação prévia, em função da motivação, menor ou inexistente em caso de despedida do empregado.”²⁴⁵ Isso seria tecnicamente possível, pela interpretação do inciso I, Art. 10, do ADCT, como visto acima, segundo o autor.

E mais, continua Pedro Paulo Teixeira Manus: se comparado o critério de indenização dos empregados, sem estabilidade, pelo art. 478 da CLT, com os estáveis, na impossibilidade de reintegração, dobrava-se a referida indenização.

Dessa forma, conclui o Professor, “o que demonstra haver tratamento diverso quanto à reparação pecuniária dependendo da situação específica da relação entre o empregado e o empregador”.²⁴⁶

É um parâmetro para análise válido, porém, com a Lei 8.036/90, a aplicação do art. 478 da CLT esvaziou-se, exceto nos casos em que há empregados regidos pelo sistema antigo.

Arnaldo Süssekind, embora em outro contexto, pertinente, porém, ao caso, menciona:

O empregado que perde o emprego nos primeiros anos de trabalho está, em regra, na plenitude de suas forças e, com a indenização que recebe, poderá amparar os riscos do desemprego, até nova colocação. Isto não ocorre, entretanto, com o velho servidor demitido.²⁴⁷

²⁴⁵ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Despedida arbitrária ou sem justa causa**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 51-52.

²⁴⁶ *Ibid*, p. 53.

²⁴⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho**. Vol. II, 4ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966, p. 690.

Lembra, ainda, que, após a instituição do regime do FGTS, tornou-se ilimitado o direito de despedir do empregador, com a denúncia unilateral do contrato de trabalho, criando problemas principalmente para trabalhadores idosos e a rotatividade da mão-de-obra. Porém, como presidente da Comissão do anteprojeto da CLT, sugeriu, sem êxito, um sistema de proteção no emprego, vingando, apenas, aos empregados eleitos para a CIPA, gerando a nova redação do art. 165 da CLT.

Renato Rua de Almeida, ao comentar a indenização compensatória do inc. I, do art. 7º, entende que o procedimento do art. 10, I, dos ADTC não obsta a despedida do empregado, por não ser

suficientemente inibidora da prática do ato ilícito da despedida sem justa causa e porque também não há nenhum controle *a priori* do ato do empregador de despedir, é que se tem a sensação de que o direito potestativo de despedir ainda subsiste no direito brasileiro.²⁴⁸

O mesmo autor refere-se à despedida sem justa causa, porém defende-se aqui a conveniente pertinência em relação à despedida arbitrária.

Arion Sayão Romita considera que a indenização, em caso de despedida arbitrária, exclui a possibilidade de reintegração e justifica com base no texto Constitucional:

Quando a Constituição quis vedar a dispensa (ou seja, consagrar a estabilidade) fê-lo expressamente: no art. 8º, VIII, veda a dispensa do ocupante de cargo de direção ou representação sindical; no art. 10, II das Disposições Transitórias, proíbe a despedida do empregado eleito para cargo de direção da CIPA (alínea a) e da empregada gestante (alínea b). Não cabe, em consequência, atribuir à Constituição o propósito de consagrar estabilidade em favor de qualquer outro tipo de trabalhador.²⁴⁹

²⁴⁸ ALMEIDA, Renato Rua de. O regime geral do Direito do Trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra despedida individual sem justa causa. *Revista LTr*. Vol. 71, no. 03, Março de 2007, p. 340.

²⁴⁹ ROMITA, Arion Sayão. Proteção contra a despedida arbitrária. In: RODRIGUES, Aluísio (coord.) *Direito constitucional do trabalho*. Volume 2. São Paulo: LTr, outubro, 1997, p. 214.

Para Souto Maior, a indenização prevista nos Atos das Disposições Transitórias Constitucionais, no art. 10, inc. I, refere-se apenas à dispensa sem justa causa, pois, sendo a arbitrária, ou seja, despedida sem qualquer motivação, será proibida pelo sistema constitucional, cabendo a reintegração do trabalhador.

A par das sugestões de Pedro Paulo Teixeira Manus e a lei alemã de proteção contra a despedida – *Kündigungsschutzgesetz – KSchG*, de 1951, considera-se a possibilidade de que futura lei complementar contemple uma indenização majorada, para aqueles trabalhadores que, em idade madura, tenham a cessação de contrato de trabalho, após vários anos de serviços prestados ao mesmo empregador .

Sustentariam essa sugestão os seguintes fundamentos constitucionais:

- a) no art. 1º, III, da dignidade da pessoa humana;
- b) art. 1º, IV, constitui-se em um Estado que se fundamenta pelos valores sociais do trabalho;
- c) art. 3º, a construção de uma sociedade justa;
- d) art. 6º, direito ao piso vital mínimo²⁵⁰;
- e) art. 7º, dos direitos sociais;
- f) e o art. 170, dos princípios gerais da atividade econômica, buscando assegurar a todos existência digna, que só com o trabalho honesto é possível.

Também, não se pode perder de vista que, na parte final, do art. 7º., inc I, há previsão “dentre outros direitos”, que visem à melhoria da condição social do trabalhador, permitindo a extensão e a majoração da multa do FGTS .

Quanto à expressão “dentre outros direitos” do inciso I, do art. 7º da CF, há algumas observações a serem feitas.

A primeira refere-se à crítica feita por Arion Sayão Romita, quanto à utilização do termo “dentre”, quando a melhor redação seria “entre”, assim explicitado por ele: “Entre parêntese, registre-se a impropriedade redacional contida na dicção ‘dentre outros direitos’: deveria constar ‘entre’ e não ‘dentre’. ‘Dentre’ significa ‘do meio de’.

²⁵⁰ Construção doutrinária do Prof. Celso Antonio Pacheco Fiorillo. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 14.

Exemplifica o Aurélio: 'Dentre a multidão saiu uma criança correndo'. E adverte: 'Não confundir com entre'. Pois o constituinte confundiu..."²⁵¹

Tem a mesma opinião Sergio Pinto Martins, quanto à impropriedade da expressão "dentre outros direitos."²⁵²

Juridicamente, para Arnaldo Süssekind, a previsão constitucional permite "a previsão de hipóteses especiais de estabilidade" -, como fez em relação à empregada gestante e ao membro da CIPA, mas em caráter provisório, nunca regra geral.

Dúvidas não há de que o sistema constitucional derogou o regime de estabilidade do art. 492 da CLT, e a justificativa é que o constituinte entendeu que a vontade da sociedade não era mais a garantia de emprego, mas

normas que objetivam dificultar e compensar economicamente a despedida arbitrária, na qual se insere a praticada sem justa causa: a) indenização compensatória (art. 7º, I, seguro-desemprego (arts. 7º II e 239, § 4º); levantamento dos depósitos do FGTS (art. 7º, III); aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (art. 7º, XXI) comando.²⁵³

Assim, entende-se que a conseqüência jurídica para a despedida arbitrária é a indenização e não a reintegração, com a sugestão de agravamento daquela para empregados antigos e de idade madura.

A concepção nova do direito do trabalho, na esfera individual, para as despedidas por iniciativa do empregador devem ser "motivadas, causadas, dependentes de uma justificação"²⁵⁴, cujo objetivo é a proteção do empregado, restringindo-se a liberdade do empregador; assim como, "a diversificação dos tipos de dispensa e das reparações, (...) discriminando-se entre dispensas decorrentes de motivos econômicos e não econômicos, dispensas individuais e coletivas, dispensas

²⁵¹ ROMITA, Arion Sayão. Proteção contra a despedida arbitrária. In: RODRIGUES, Aluísio (coord.) **Direito constitucional do trabalho**. Volume 2. São Paulo: LTr, outubro, 1997, p. 213.

²⁵² MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 348.

²⁵³ SÜSSEKIND, Arnaldo ...{et al.}. **Instituições de Direito do Trabalho**. 19ª ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2000, p. 700-701.

²⁵⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19ª ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p.732.

com ou sem justa causa etc”²⁵⁵; havendo tratamento específico para cada situação, para compatibilizar os interesses envolvidos.

Oportuno seria que o Projeto de Lei Complementar 08/2003 fizesse menção às hipóteses sugeridas por Pedro Paulo Teixeira Manus e Amauri Mascaro do Nascimento, mas, infelizmente, não há qualquer alusão a elas.

Outra questão que deve ser enfrentada é a manutenção da indenização complementar.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento, pela teoria do Risco, cabe perquirir quem deu causa aos “riscos da rescisão”, se empregado, empregador ou ambos;

se ao empregado, caso em que suportará os efeitos do seu comportamento, não tendo direito à indenização; **se ao empregador, hipótese na qual terá de ressarcir o trabalhador, indenizando-o**; ou ambos, com o que deve ser repartido o ônus entre empregado e empregador.²⁵⁶ (grifamos)

O exposto no art. 7º, inc. I, da CF, cc com o art. 10, inc. I, do ADCT, preleciona que, até que a lei complementar seja editada, a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa prevê indenização compensatória de “quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, caput e § 1º, da Lei no. 5.107 de 13 de setembro de 1966”; portanto, fala-se em indenização.

Para Sérgio Pinto Martins, a nossa legislação determina a indenização, como forma de proteção da despedida abusiva, não prevendo a reintegração.²⁵⁷

José Afonso da Silva diverge do jurista acima, explicando que a indenização não protege a despedida abusiva:

Indenização não é garantia da relação de emprego. Como se vê no texto, é uma medida compensatória da perda de emprego. Se a Constituição garante a

²⁵⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19ª ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p.732.

²⁵⁶ *Ibid*, p. 750-751.

²⁵⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 347.

relação de emprego, o princípio é o da sua conservação e não o da sua substituição.²⁵⁸

O parágrafo único do art. 165 da CLT, porém, menciona como medida cabível a reintegração, nos casos de os membros da CIPA sofrerem despedida arbitrária; e, o art. 496 da CLT, em se tratando de empregado estável, a indenização, quando a reintegração for considerada inadequada pelo tribunal. Assim, o ordenamento interno nos dá parâmetro para a aplicação da indenização.

Já sob a ótica da norma internacional, a Convenção 158 da OIT, em seu artigo 10, deixa a critério do País-membro a medida mais adequada:

Se os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção chegarem à conclusão de que o término da relação de trabalho é justificado e se, em virtude da legislação e prática nacionais, esses organismos não estiverem habilitados ou não considerarem possível, devido às circunstâncias, anular o término e, eventualmente, ordenar ou propor a readmissão do trabalhador, terão a faculdade de ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada.

Segundo Arion Sayão Romita, tanto a indenização compensatória como a reintegração são condutas questionáveis. No primeiro, “onera os custos empresariais”, que acabam sendo pagos pelos empregados-consumidores, na cadeia produtiva; a segunda, afronta o art. 880 do CC, “incoercibilidade das obrigações de fazer”, que, normalmente, resolvem-se em perdas e danos; além de outras dificuldades, como a vontade legítima de recolocar o empregado no ciclo produtivo da empresa, em enjaulá-lo, apenas em suas tarefas. Na realidade, como diz Arion Sayão Romita, “a reintegração forçada do empregado irregularmente despedido suscita objeções de monta, pois está em jogo o valor fundamental da liberdade do empregador.”²⁵⁹

Semelhantemente a Arion Sayão Romita, Américo Plá Rodriguez entende que a “principal dificuldade prática para este instituto é a impossibilidade real de fazer

²⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27^a ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 290.

²⁵⁹ ROMITA, Arion Sayão. Proteção contra a despedida arbitrária. In: RODRIGUES, Aluísio (coord.) **Direito constitucional do trabalho**. Volume 2. São Paulo: LTr, outubro, 1997, p. 222.

readmitir forçosamente um trabalhador em uma empresa, se o dono desta não o quer mais utilizar”²⁶⁰

Américo Plá Rodriguez cita dois autores, o primeiro De La Cueva, que entende pela possibilidade da indenização, alegando que o “contrato não era de cumprimento forçoso impossível”²⁶¹ e, De La Fuente, pela reintegração, pois, “sem uma reincorporação real se despoja o contrato de trabalho de algo que lhe é especial”²⁶², que é o trabalho.

Contudo, o próprio De La Fuente reconhece que “há situações nas quais o distanciamento entre as partes e a reduzida dimensão da empresa, obrigando ao contato direto entre o empregador e o trabalhador, tornaria inadequada a imposição da reintegração”²⁶³, como nos casos de micro e pequena empresa.

Na visão que até então aqui decorre, a possibilidade de uma indenização, na modalidade arbitrária, complementar, àqueles empregados despedidos após vários anos de trabalho e de idade madura, sem qualquer motivação, em percentual maior do que os 40% hoje devidos, seria efetivar os princípios constitucionais de justiça social, previstos no art 170 da CF.

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

E, mais: sobre o assunto, o ponto de vista nesta dissertação vai ao encontro do de Américo Plá Rodriguez, como acima mencionado, que a reintegração fere a dignidade do empregador, que tem o direito de administrar sua empresa como bem quiser, desde que tenha responsabilidade social.

²⁶⁰ PLÁ, RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 3ª ed. atual. São Paulo: LTr, 2000, p. 274.

²⁶¹ *Ibid*, mesma página.

²⁶² *Ibid*, mesma página.

²⁶³ *Ibid*, mesma página.

Para Américo Plá Rodriguez, a reintegração é “juridicamente obrigatória” e não facultativa, porém, para não ser imposta uma conduta contra a vontade do empregador, “buscam-se meios indiretos para obter essa vontade”²⁶⁴, através da indenização.

Há, de certa forma, sintonia com o entendimento de Souto Maior, como sendo a única reparação adequada para despedida arbitrária, por considerá-la proibida, devendo o ato ser declarado nulo. O jurista utiliza para sua argumentação a Teoria Geral do Direito, pela autorização expressa do art. 8º, parágrafo único, do texto consolidado; reconduzindo o empregado à situação anterior, pois só assim o sistema de proteção será considerado eficaz com respeito à dignidade do trabalhador.

Contudo, não sendo possível, Souto Maior considera a hipótese do art. 496 da CLT e utiliza o 186 do Código Civil, para fixar a indenização devida, assim asseverando: “A fixação do valor é feita por arbitramento, segundo critérios de verificação do dano sofrido, da necessidade de quem pede a reparação e da possibilidade econômica do condenado.”²⁶⁵

Como se viu antes, há posição nos dois sentidos, com predomínio da indenização, cabendo à lei complementar fixar um parâmetro objetivo a ser seguido e que harmonize os interesses dos trabalhadores e dos empregadores, levando-se em conta a dignidade humana e os valores sociais do trabalho.

E mais. Pela teoria do Risco, mencionado por Amauri M. Nascimento, como foi o empregador que deu causa à despedida, suportará os efeitos de seu atos, indenizando o empregado; aliás é o que está previsto na parte final do inc. I, do art. 7º, CF: “...nos termos de lei complementar, que preverá **indenização** compensatória...”(grifamos); descartando a reintegração.

Essa, também, é a orientação da Convenção n. 158. Na impossibilidade da reintegração, caberá a “... indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada.”²⁶⁶ É o que se defende nesta dissertação.

Outra questão a ser enfrentada é quanto à ilicitude da despedida arbitrária, onde há posição nos dois sentidos.

²⁶⁴ PLÁ, RODRIGUES, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 3ª. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000, p. 276

²⁶⁵ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da convenção n. 158 da OIT. **Revista LTR**. 68, no.11, Novembro de 2004, p. 1325

²⁶⁶ Art. 10. Convenção n. 158

5.2. DA ILICITUDE DA DESPEDIDA ARBITRÁRIA

Há na doutrina a questão acerca de ser ou não ilicitude a despedida arbitrária.

Arion Sayão Romita entende que, embora não haja previsão para a “despedida abusiva”, esta sim configura-se como um ato “ilícito”, por afetar a personalidade do empregado²⁶⁷, ao passo que a “despedida arbitrária” é ato lícito, cabendo a indenização de 40% do FGTS.

Assim aduz:

A despedida abusiva é ato antifuncional, socialmente injustificado, contrário à função social da boa administração da empresa. Ao praticá-lo, o empregador não inflige ao empregado apenas um ato 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 à indenização de direito comum, ante o dano ilícito que afeta a personalidade do empregado.²⁶⁸

Admite-se aqui ser aceitável o raciocínio do autor, se estivesse referindo-se a despedida arbitrária, pois, aqui fere-se (e muito) a personalidade do empregado.

Ademais, o comando Constitucional não faz essa distinção, poderia, sim, ser contemplado por normatização complementar, porém, vislumbra-se como abuso de direito do empregador.

Assim, Arion Sayão Romita entende que a despedida arbitrária ou sem justa causa é **ato lícito**²⁶⁹ do empregador, cabível, apenas, a indenização compensatória – 40% dos depósitos do FGTS, aviso prévio e seguro desemprego, porém quando o empregador causar outros danos, deve arcar indenização adicional, “sofre dano

²⁶⁷ ROMITA, Arion Sayão. Proteção contra a despedida arbitrária. In: RODRIGUES, Aluísio (coord.) **Direito constitucional do trabalho**. Volume 2. São Paulo: LTr, outubro, 1997, pag. 218.

²⁶⁸ *Ibid*, mesma página.

²⁶⁹ ROMITA entende que a CF “adotou medidas que, sem proibir a despedida arbitrária, apenas a dificultam”, ROMITA, Arion Sayão. Proteção contra a despedida arbitrária. In: RODRIGUES, Aluísio (coord.). **Direito constitucional do trabalho**. Volume 2. São Paulo: LTr, outubro, 1997, p. 218.

adicional, que reclama reparação autônoma.”²⁷⁰, o que o autor chama de “despedida abusiva”, que embora não foi prevista, segundo ele, poderia ser criada em lei complementar.²⁷¹

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 ressarcimento (recomposição 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 ilícito da desapropriação.²⁷² (grifamos)

Discorda-se do comentário acima, pois ao empregador despedir o trabalhador, sem qualquer justificativa, especialmente, após vários anos de trabalho, viola a principiologia constitucional, que está baseada na dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e, do próprio art. 7º, inc. I, causando perda em vários níveis ao empregado, ainda mais, quando é dirigida aos empregados mais velhos, com maior dificuldade de recolocação no mercado de trabalho e com idade mais avançada.

Souto Maior é categórico em afirmar que se trata de uma ilicitude. Ele entende que quando a despedida for arbitrária, há violação de um direito fundamental do empregado, sendo cabível a aplicação do art. 186 do Código Civil, com expressa autorização do parágrafo único do art. 8º da CLT, ou seja,

Art. 186 do CC: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Em consonância com o art. 8º, parágrafo único da CLT:

²⁷⁰ ROMITA, Arion Sayão. Proteção contra a despedida arbitrária. In: RODRIGUES, Aluísio (coord.) **Direito constitucional do trabalho**. Volume 2. São Paulo: LTr, outubro, 1997, pag. 218.

²⁷¹ *Ibid*, mesma página.

²⁷² *Ibid*. p. 217.

O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

Jorge Luiz Souto Maior também faz cotejo com o art. 187 do Código Civil, que traz à colação a figura do abuso de direito: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pelo boa-fé ou pelos bons costumes.”

A violação aqui tem natureza diferenciada, como demonstra Heloisa Carpena: “somente se poderá falar de ilicitude quando houver ‘específica obrigação normativa’, isto é comportamento contrário a um dever jurídico determinado que o qualifica”²⁷³

Para a autora, o abuso de direito acontece quando valores fundamentais do sistema normativo são violados, como aqueles que fundamentam o Estado de Direito Brasileiro dos artigos de 1º a 4ª CF/88, nos seguintes termos:

A doutrina do abuso do direito está em sintonia com a mudança da racionalidade jurídica, que se dirige à superação do ideal de completude do ordenamento, ícone do positivismo e da doutrina liberal, que não encontra guarida no direito civil contemporâneo. O reconhecimento de que o direito positivo não pode dar conta de prever exaustivamente todas as condutas anti-sociais ou indesejadas é o primeiro passo para a construção de um sistema jurídico mais coerente e harmônico. Isto porque, se não é dado à lei estabelecer todos os limites ao exercício dos direitos subjetivos, tal papel será melhor confiado aos princípios, que desta forma assumem um maior grau de normatividade, incidindo diretamente nas relações jurídicas privadas. Os princípios contêm os valores que fundamentam o ordenamento, valores estes que se encontram em grande parte constitucionalizados e representam verdadeiros e coerência do sistema. O conteúdo axiológico da Constituição constitui o fundamento da ordem jurídica positiva, obrigando o julgador a resolver as questões que lhe são submetidas a partir da investigação desses valores. Essa valoração constitui expressão da normatividade dos princípios e

²⁷³ CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). **A parte geral do novo Código Civil**: Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 407.

permite a atualização do ordenamento como um todo, alcançando-se efetividade pela constante adequação às exigências de nosso tempo.²⁷⁴

Dentre esses fundamentos do sistema Constitucional mencionados pela autora acima, há os valores sociais do trabalho, que devem ser analisados pelo julgador, em havendo despedimento arbitrário, caracterizado por abuso de direito.

Quanto à aplicação dos princípios e a impossibilidade de o legislador prescrever todas as relações humanas, Maria Helena Diniz assim assevera:

Partindo dessas considerações e do reconhecimento de que o legislador, por mais sagaz que seja, não pode conhecer e prever todos os fatos, conflitos e comportamentos que surgem nas relações sociais, bem como do entendimento de que, dentro de uma visão dinâmica do direito, é impossível pretender que no ordenamento existam normas regulando e prescrevendo todas as relações jurídicas presentes e todas as que o progresso trará, entendemos que o direito será sempre lacunoso.²⁷⁵

O art. 187 do Código Civil atual traz expressamente a ilicitude do abuso de direito, o que significa dizer, que abuso de direito, também é ato ilícito. E, a explicação doutrinária civilista, em síntese, é que o Código Civil não define ato ilícito, por ser um sistema aberto, não tipificado:

O sistema brasileiro dos atos ilícitos é um sistema aberto no sentido de que é dominado pelo princípio da atipicidade desses atos. Significa isso que, no nosso Direito Civil, não se prevêm atos ilícitos tipificados em preceitos legais específicos. Pelo contrário, o que existe são verdadeiras cláusulas gerais de responsabilidade (CC 186 e 927) de ampla extensão, que só implicam a obrigação de indenizar, quando verificados os elementos que constituem suas

²⁷⁴ *Ibid*, p. 407-408.

²⁷⁵ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.108.

respectivas hipóteses de fato. Desse modo, as figuras de ato ilícitos são, em abstrato, infinitas.²⁷⁶

Abuso de direito tem como precedente histórico, o que a doutrina chama de atos de emulação ou:

... atos emulativos ou 'ad emulationem', que são praticados dolosamente pelo agente, no exercício formal de um direito, em regra, o de propriedade, isto é, com a firme intenção de causar dano a outrem e não satisfazer uma necessidade ou interesse do seus titular. P. ex: se um proprietário constrói em sua casa uma chaminé falsa com o único objetivo de retirar luz do seu vizinho.²⁷⁷

O Código Civil de 1916, no art. 160, já trazia a figura do abuso de direito de forma dissimulada:

Art. 160. Não constituem atos ilícitos:

- I- os atos praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;"

Depreende-se, a contrário senso que, é ato ilícito o exercício irregular ou arbitrário de um direito.

Francisco Amaral, fornece vários casos práticos de abuso de direito, nas diversas áreas do direito, e destaca-se o abuso de direito na área trabalhista: "em matéria contratual, em alguns casos de rescisão unilateral de contrato de duração indeterminada, como contrato de trabalho;" o abuso do direito de greve e de dispensa arbitrária."²⁷⁸

²⁷⁶ AMARAL, Francisco. Os atos ilícitos. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETO, Domingos (coord.) **O novo código civil: Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: LTR, 2003, p. 152.

²⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 380.

²⁷⁸ AMARAL, Francisco. Os atos ilícitos. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETO, Domingos (coord.) **O novo código civil: Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: LTR, 2003, p. 162.

E, assim finaliza,

A sanção para abuso de direito depende do ato de que provém, ressaltando-se a circunstância de que o direito considera o ato abusivo, em ato ilícito. Pode ser direta, no sentido de compelir o infrator a restaurar o estado anterior, pondo fim à situação abusiva, ou indireta, repercutindo no patrimônio do devedor da obrigação de indenizar o dano (responsabilidade civil).²⁷⁹

Para José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, a teoria sobre abuso de direito divide-se em subjetiva e objetiva e deve ser entendida da seguinte forma:

A teoria subjetiva estabelece a intenção como elemento fundamental para caracterização do abuso de direito, ou seja, o abuso foi cometido de forma propositada, intencionalmente. A teoria objetiva, por sua vez, privilegia a proteção contra a consequência anti-social do ato danoso, não perquirindo sobre a intenção do agente.²⁸⁰

Pode-se apreender pelas lições acima, que a despedida arbitrária, (ou, como diz a doutrina Alemã “socialmente injustificada”), em especial, atingindo aqueles empregados antigos, traduz-se em abuso de direito do empregador, pois, sob o véu chamado direito potestativo, despede-os, sem nenhum comprometimento com a dignidade do trabalhador, em confronto com os valores sociais do trabalho e a ordem econômica, que a todos assegura existência digna.

É nesse sentido que Souto Maior cita Karl Larenz:

²⁷⁹ *Ibid*, mesma página.

²⁸⁰ Ribeiro, José Horácio Halfeld Rezende. O abuso do direito e a justiça social. FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coords.) **O Código Civil e sua interdisciplinarietà**: Os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 357.

...analisando as relações jurídicas sob o aspecto da Teoria Geral do Direito, no sentido de que: a) a vinculação em uma dada relação jurídica não retira da parte o seu direito subjetivo fundamental, que é o direito da personalidade, que se insere no contexto da proteção da dignidade humana, e que pode ser exercido em face de qualquer pessoa; b) o exercício do direito potestativo, nas relações jurídicas que o prevêm, encontra, naturalmente, seus limites na noção do abuso de direito e no princípio da boa-fé.²⁸¹

Entende-se, nesta dissertação, que se está diante de um ato ilícito do empregador, na modalidade abuso de direito, sendo legítima uma indenização maior sobre o saldo do FGTS; devendo futura lei complementar definir esse percentual sobre o saldo existente na conta do FGTS do trabalhador, como indenização pela perda do emprego.

A exemplo da sugestão de Pedro Paulo Teixeira Manus:

... possível à lei complementar criar indenização com valores diversos, tendo em conta o gravame pessoal e social da despedida levada a efeito, bem como instituir o direito ao retorno ao trabalho, se constatado ato ilícito do empregador, inserindo-se tal possibilidade na expressão do art. 7º, I, da Constituição ...²⁸²

Voltando ao tema, ficaria a cargo da lei infraconstitucional a previsão do direito a esses trabalhadores, pois, como o art. 7º da CF não limita os direitos sociais, apenas contém a previsão de direitos mínimos, seria factível, nas condições acima mencionadas, obter esse direito pela normatização infraconstitucional ou através de negociações coletivas. (Aliás, há convenções coletivas que prevêm cláusula de restrição à demissão aos trabalhadores 24 meses anteriores ao prazo de concessão da aposentadoria pelo regime geral da Previdência Social, como as da SEEG - Sindicato dos Empregados em Estacionamentos e Garagens do Estado de São Paulo).

A lei complementar teria que prever a alíquota, da mesma forma, a título de exemplo, como ocorreu com a Lei Complementar n. 110/2001, ampliando em dez por

²⁸¹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da convenção n. 158 da OIT. *Revista LTR*. 68, no.11, Novembro de 2004, p. 1323.

²⁸² MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Despedida arbitrária ou sem justa causa*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 134

cento a indenização compensatória para o pagamento dos expurgos sobre a correção monetária nas contas do FGTS, ou seja, em 50%.

Assim, entende-se que a despedida de empregados antigos e em idade madura, sem motivação, trata-se de uma arbitrariedade, devendo futura lei complementar ensejar indenização compensatória em grau maior que a despedida sem justa causa.

Tal previsão poderia variar de percentual, tendo em vista o número de anos trabalhados ao mesmo empregador e a idade do empregado, a par do que a lei de proteção contra a despedida alemã prevê.

Tenha-se presente que o Direito do Trabalho é “plurinormativo”²⁸³ e vigora o princípio da norma mais favorável, acolhendo normatização infraconstitucional, contratual ou convencional (acordo ou convenção coletiva) que melhor beneficie o trabalhador, dada a natureza social e protetora deste ramo do Direito, exceto por proibição expressa do texto Constitucional, sendo possível assim, o aumento do leque de proteção.

Destaca-se que Arion Sayão Romita tem um entendimento semelhante, chamando-a de “despedida abusiva”; não prevista no ordenamento, tratando, segundo ele, “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.”²⁸⁴

Pode-se entender que a chamada “despedida abusiva” poderia ser tratada como espécie do gênero da despedida arbitrária.

Como exemplo da possibilidade de majorar a multa do FGTS no caso de despedida arbitrária, veja-se a seguinte referência, na vigência da Convenção N. 158.

... TRT da 2ª. Reg. A empresa foi condenada a pagar um adicional de 50% sobre o FGTS, porque a despedida foi considerada arbitrária (in Síntese Trabalhista 90/58)²⁸⁵

²⁸³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 32ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p.61.

²⁸⁴ ROMITA, Arion Sayão. Proteção contra a despedida arbitrária. In: RODRIGUES, Aluísio (coord.) **Direito constitucional do trabalho**. Volume 2. São Paulo: LTr, outubro, 1997, p. 217.

²⁸⁵ LIPPMANN, Ernesto: **Os Direitos Fundamentais da Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 1999, p. 406.

Outro exemplo,

PROCESSO TRT/15ª No. 00935-2002-088-15-00-3 RO
RECURSO ORDINÁRIO
1º RECORRENTE: BANCO DO BRASIL S/A
2º RECORRENTE: RENAULT JOSÉ FERREIRA
ORIGEM: VARA DO TRABALHO DE LORENA

EMENTA: DISPENSA IMOTIVADA. DIREITO POTESTATIVO UTILIZADO DE FORMA ABUSIVA E FORA DOS PARÂMETROS DA BOA FÉ. NULIDADE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 7º. I, DA CF/88, DOS ARTS. 421, 422 E 472 DO NOVO CÓDIGO CIVIL, DA CONVENÇÃO 158 DA OIT E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO E DO DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Este processo foi distribuído no TST em 07 de julho de 2005 e, desde 17 de setembro de 2007, encontra-se concluso com a Juíza convocada Kátia Magalhães Arruda, portanto, sem decisão definitiva.

Reitera-se, ainda, por derradeiro, que, a partir de 05 de outubro de 1988, o princípio mais importante do ordenamento jurídico brasileiro é o da dignidade da pessoa humana – art 1º, III, da CF – que deve guardar compatibilidade com todo o sistema constitucional, em especial, os valores sociais do trabalho e o princípio da livre iniciativa.

O Brasil se caracteriza por ter um sistema de mercado capitalista, o que de imediato remete à idéia de lucro, numa sociedade que a própria Constituição, no art. 3º, reconhece, entre outros objetivos, que deva ser justa e propugna redução das desigualdades sociais; que o trabalho é fundamental para o Estado Democrático de Direito, tanto que insere no Capítulo II, da CF, os “Direitos Sociais”, no Título II, denominado de “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, ou seja, trata os direitos sociais como direitos fundamentais, e que a busca do pleno emprego, no art. 170, inc. VIII, é princípio da atividade econômica.

Com efeito, a partir desses pressupostos, permite-se asseverar que a despedida arbitrária não se coaduna com os fundamentos e objetivos da ordem constitucional

brasileira, principalmente os dirigidos àqueles empregados com vários anos de trabalhos prestados ao mesmo empregador e em idade madura.

O que se deve, então, fazer?

As políticas econômicas desenvolvidas pelo Estado devem impulsionar a geração de empregos, mantendo uma relação de pertinência com a justiça social e, para tanto, as empresas precisam crescer.

Escorado num sistema mais justo de distribuição de rendas, o crescimento econômico desenvolve-se com compensação tributária, reinvestindo-se o diferencial em novos projetos, valorizando-se os trabalhadores, o bem comum e o meio ambiente.

A compensação tributária seria uma forma de imputar responsabilidade social aos empresários, o que só é possível com ação conjunta entre Estado e empresa.

Poder-se-ia viabilizar um sistema educativo que possibilite a capacitação ou reciclagens constantes dos empregados, para maior engajamento e mais rápida reinserção no mercado de trabalho, no caso de término de relação empregatícia, principalmente aos mais vulneráveis, que são os empregados mais antigos e de mais idade. Eis o caminho para a justiça social.

Padrões éticos, também, devem ser desenvolvidos pelas empresas, pois não é socialmente justificável despedir um empregado, com vários anos de empresa e de idade madura, sem qualquer motivo. Esse tipo de empregado deve ter uma proteção diferenciada, pois as conseqüências a ele significam, às vezes, alijamento da vida do trabalho, por “ser velho”. Na maioria das vezes, esse “velho” tem, em média, 40 anos de idade.

O legislador precisa contemplar uma normatização sobre despedida arbitrária que não trate o trabalhador como mercadoria, mas sim com a dignidade necessária, aquela claramente positivada no texto Constitucional.

O anteprojeto no. 08/2003 em trâmite no Congresso Nacional é por demais superficial, não toca em pontos essenciais.

Traçar uma indenização diferenciada para esses empregados significa fazer justiça àqueles que, por vários e vários anos, contribuíram para o crescimento da empresa, ratificando sua importância.

Um critério de graduação de multas sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, diferenciando as despedidas sem justa causa das arbitrárias e, nestas, graduando, com alíquotas maiores e progressivas, conforme a gravidade, seria uma forma de compensar a despedida.

Esse tem sido o critério de graduação sugerido por Pedro Paulo Teixeira Manus desde 1996.

A lei de proteção contra a despedida na Alemanha – *Kündigungsschutzgesetz* – *KSchG*, de 1951, também poderá ser um parâmetro a ser adotado.

A reintegração como forma de reparar a abusividade do despedimento, com a devida vênia, não é a ótica que aqui se pleiteia, pois, mesmo se tratando de despedida discriminatória, fere a dignidade do empregador, devendo sim este, pagar uma indenização em grau máximo.

Com uma política de compensação tributária, não há que se falar em sobre carga financeira para as empresa, pois o dinheiro que não vai para os cofre públicos pode gerar investimentos e empregos, com retorno para a própria empresa, para os empregados e para a economia do país, compatibilizando-se, assim, interesses do empregador, do empregado e do Estado com justiça social.

6. RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA

O surgimento do sentimento de propriedade, segundo Darcy Bessone, pode ser detectado desde os tempos primitivos e ligado não só aos homens, mas também aos animais. Ambos, inicialmente, por motivo de subsistência.

O homem primitivo utilizava a força física e confeccionava objetos muito simples de defesa, produção e de uso pessoal, com o objetivo de apropriar-se. Talvez, a primeira idéia sobre propriedade material²⁸⁶. Tecnicamente, na verdade, uma posse sem qualquer título.

Nesse momento, registram os historiadores que a “propriedade” tem utilização coletiva, no interior de cavernas, sem nenhuma civilidade.

Um outro sentimento nessa evolução, segundo o mesmo autor, seria a interpretação de “Fustel de Coulanges, na Cité antique”, de móvel religioso, para explicar a relação entre a terra e o homem – “os deuses-lares”:

Cada lar, cada família, tinha seis deuses, e, estes, os seus altares, de construção penosa, feita com pesadas pedras. Fixavam-se os homens nas proximidades deles, onde estabeleciam os seus lares. Ao lado da casa, desenvolviam suas atividades agrícolas, pastoris, de sorte que acabavam tendo certa área de domínio, distinta das dos vizinhos.²⁸⁷

Na Grécia antiga, era Aristóteles um representante ilustre acerca da defesa da propriedade privada de concepção natural.

Em “Ética a Nicômaco”, Aristóteles escreveu: “o carpinteiro, o olho, o pé e outras coisas têm uma função própria, o homem precisa ter uma função peculiar”.²⁸⁸

E esta “função” a que ele se referiu chamou-se de racionalidade, daí a frase famosa : “o homem é um animal racional”

²⁸⁶ BESSONE, Darcy. **Direitos Reais**. São Paulo: Saraiva, 1988, p.13-15.

²⁸⁷ *Ibid*, p.16.

²⁸⁸ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 27.

Mas, não é só isso. Essa *racionalidade* está ligada à “necessidade e a causalidade”:

para as coisas que fazemos, algum fim que desejamos por si mesmo e tudo o mais é desejado por causa dele; e se nem toda coisa escolhemos visando à outra (porque se fosse assim, o processo se repetiria até o infinito, e inútil e vazio seria o nosso desejo), evidentemente tal fim deve ser o bem, ou melhor, o sumo bem.²⁸⁹

E esta racionalidade, na perspectiva da função social da propriedade, encontra-se espalhada no texto Constitucional brasileiro, em vários artigos, cuja base, além de estar no inc. III do art. 1º. (dignidade da pessoa humana), tem como outros objetivos como: reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos e garantir o desenvolvimento nacional, mencionados nos incisos II, III e IV, do art. 3º, da Constituição Federal de 1988.

Orlando Gomes ensina que a evolução histórica do direito de propriedade está intimamente ligada às transformações ocorridas nos regimes econômicos através dos tempos. Assim, ele destaca o sistema jurídico dos romanos, no regime feudal e no capitalismo.²⁹⁰

No sistema romano, o autor acima aduz que o conceito de propriedade é individualista: “Cada coisa tem apenas um dono. Os poderes do proprietário são os mais amplos.”²⁹¹

Já a propriedade feudal, para Darcy Bessone, tem a seguinte formatação:

O regime feudal teve origem na preocupação de defesa das terras, contra as invasões, que se tornaram freqüentíssimas na Idade Média, precisamente em consequência de asfixiante concentração das riquezas em poucas mãos. O feudários, dando apoio militar ao soberano, dele recebiam o direito de usar os imóveis. O soberano conservava o chamado domínio eminente e transmitia aos feudários o domínio útil.²⁹²

²⁸⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 25

²⁹⁰ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 10ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 90

²⁹¹ *Ibid*, mesma página.

²⁹² BESSONE, Darcy. *Direitos Reais*. São Paulo: Saraiva, 1988, p.21.

Portanto, existia aí a característica de “concorrência de proprietários”²⁹³.

Mas, com o tempo e a deteriorização da relação entre senhor feudal e vassalo, em especial no campo, em que propriedades feudais eram invadidas e documentos de propriedades destruídos, tendo em vista as condições de miséria dos camponeses, alicerçaram-se os ideais que culminaram na Revolução Francesa.

Registre-se que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, também define, entre outras coisas, o caráter natural e imprescritível da propriedade, no art. 17:

Art. 17.º - Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.

Por fim, no regime capitalista, segundo Orlando Gomes, fica à margem a idéia de propriedade de “concorrência de proprietários” do regime feudal e retoma contorno individualista:

o conceito unitário de propriedade é restaurado e os poderes que ela confere são exagerados, a princípio, exaltando-se a concepção individualista. Ao seu exercício não se antepõem restrições, senão raras, e o direito do proprietário é elevado à condição de direito natural, em pé de igualdade com as liberdades fundamentais.²⁹⁴

A propriedade nesta perspectiva foi fonte de inspiração de Karl Marx e Engels, no sentido de questionar, entre outros fatores, a impossibilidade de seu acesso a toda população; sendo, posteriormente, fonte da Revolução Russa de 1917.

Na tentativa de harmonizar, entre outras questões, as relações entre patrões e empregados e o caráter social da propriedade, a Igreja, através do Papa Leão XIII, edita a primeira encíclica – “Rerum Novarum”, em 1891, repudiando a doutrina

²⁹³ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 10ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.90.

²⁹⁴ *Ibid*, mesma página.

marxista e reconhecendo a propriedade privada como um direito natural do homem, pregando, todavia, um capitalismo mais justo.

Segundo José Afonso da Silva, o direito de propriedade desenvolveu-se, inicialmente, sob a ótica jurídica equivocada e limitada, pois o tema é bastante complexo:

O direito de propriedade fora, com efeito, concebido como uma relação entre uma pessoa e uma coisa, de caráter absoluto, natural e imprescritível. Verificou-se, mais tarde, o absurdo dessa teoria, porque entre uma pessoa e uma coisa não pode haver relação jurídica, que só se opera entre pessoas. Um passo adiante, à vista dessa crítica, passou-se a entender o direito de propriedade como uma relação entre um indivíduo (sujeito ativo) e um sujeito passivo universal integrado por todas as pessoas, o qual tem o dever de respeitá-lo, abstraindo-se de violá-lo, e assim o direito de propriedade se revela como um modo de imputação jurídica de uma coisa a um sujeito.²⁹⁵

O mesmo autor critica a superficialidade da teoria, ponderando que o instituto da propriedade tem uma perspectiva muito mais ampla e relacionada tanto ao Direito Privado como ao Público:

...aí se manifesta uma visão muito parcial do regime jurídico da propriedade: uma perspectiva civilista, que não alcança a complexibilidade do tema, que é resultante de um complexo de normas jurídicas de Direito Público e de Direito Privado, e que pode interessar como relação jurídica e como instituição jurídica.²⁹⁶

No último século, alterações de monta ocorreram. A propriedade, como direito, antes absoluto, exclusivo e perpétuo, passou a ter um formatação mais humanística e de cunho constitucional, especificando seu conteúdo e dimensão.

²⁹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27^a. ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.271

²⁹⁶ *Ibid*, mesma página.

Na vigência da Constituição anterior, Hely Lopes Meirelles asseverava que a propriedade individual não era uma relação de caráter absoluto, comportando limitações, se não atendesse a finalidade social:

A nossa Constituição não nega o direito de propriedade, mesmo porque é um direito individual por excelência, do qual resulta a prosperidade dos povos livres. Mas, a propriedade, de há muito deixou de ser exclusivamente o direito subjetivo do proprietário, para se transformar na função social do detentor da riqueza, na expressão feliz de Duguit. É um direito individual, mas um direito individual condicionado ao bem-estar da comunidade. É uma projeção da personalidade humana e seu complemento necessário, mas nem por isso a propriedade privada é intocável. Admite limitações ao seu uso e restrições ao seu conteúdo em benefício da comunidade.²⁹⁷

Na atual Constituição brasileira, nas palavras de Eros Roberto Grau, “a propriedade não constitui uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens”²⁹⁸, como nos artigos: 5º, inc. XXII, propriedade em geral; art. 182, § 2º., propriedade urbana; arts. 5º, inc. XXVI, 184, 185 e 186, propriedade rural; art. 5º., XXVII, propriedade autoral; no art. 5º., inc. XXIX, propriedade de inventos, de marcas e de nomes de empresas; art. 5º., inc. XXVI, propriedade bem de família, entre outros, constituindo parâmetros mais amplos, em especial de ordem social e econômica, como no art. 170, inc. III, com o atributo jurídico de função social.

Portanto, o direito de propriedade agregou o atributo jurídico de “função social”, no direito contemporâneo. “...a função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens.”²⁹⁹

6.1. O DIREITO DE PROPRIEDADE E A FUNÇÃO SOCIAL

²⁹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo*. 6ª ed. atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978, p. 542

²⁹⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 253

²⁹⁹ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 284

O Código Civil de Clóvis Beviláqua não definia o direito de propriedade, indicando no art. 524, apenas os poderes de seu titular: **“A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.”** (grifamos)

Porém, o Código Civil em vigor, no seu art. 1228, substitui o núcleo central do instituto da propriedade e traz a figura da função social dela, agora, porém, com respaldo constitucional.

Art. 1228 do CC:

O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidade econômica e sociais e de modo que seja preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.” (grifamos)

Mas, é na Constituição Federal de 1988, no art. 170, que se demonstra a evolução do instituto da propriedade.

No início do século XIX, o Código de Napoleão, de 1804, introduziu expressamente o caráter absoluto de propriedade, influenciando vários legisladores alienígenas, inclusive o nosso Código Civil de 1916.

O Código Civil de 1916 manteve a tradição de um direito absoluto, perdendo essa conotação no direito contemporâneo, permitindo a doutrina atual mencionar que o instituto da propriedade se “relativizou”, alterando seu conteúdo, visando a uma finalidade social.

Assim, pode-se dizer que o direito de propriedade foi durante séculos exercido de forma absoluta e exclusiva, facultando ao seu titular além de usar, também o direito ao gozo e à fruição, e até destruição, caso quisesse.

E, assim foram as primeiras Constituições brasileiras, tanto a Imperial quanto a Republicana.

É a partir da Segunda República (1930-1934), com Getúlio Vargas, que o instituto da propriedade adquire contorno marcante, em especial, no plano social, com o chamado Estado Social.

Porém, é a Carta de 1934 que traz a conceito de propriedade como função social, no art. 113, no. 17, com a limitação do interesse social da coletividade.

Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

A Carta de 1937 em nada alterou o comando anterior; já a Constituição de 1946 apresenta a previsão em dois Capítulos:

- No Capítulo II, "Dos Direitos e Garantias Individuais": art. 141, parágrafo 16:

É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

- No Título V – “Da Ordem Econômica Social”, art. 147: “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.”

Na Constituição de 1967, no Título III - “Da Ordem Econômica e Social”, art. 157, inc. III, é explícita a referência à função social da propriedade.

“A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

III - função social da propriedade”

E, com a Constituição de 1988, cujo objetivo era atingir grandes áreas improdutivas, o tema propriedade e sua função social ampliou seu conteúdo, espalhando em todo texto: art. 5º, inc. XXIII; art. 170, art. 182, art. 185 e seu parágrafo único.

José Afonso da Silva, citando a doutrina italiana, faz referência às várias conotações de propriedade, advertindo que todas devem estar submetidas à função social.

A Constituição consagra a tese, que se desenvolveu especialmente na doutrina italiana, segundo a qual a propriedade não constitui uma instituição única, mas várias instituições diferenciadas, em correlação com os diversos tipos de bens e de titulares, de onde ser cabível falar não em propriedade, mas propriedades. (...) uma coisa é a propriedade pública, outra a propriedade social e outra a privada; uma coisa é a propriedade agrícola, outra a industrial; uma, a propriedade rural, outra a urbana; uma, a propriedade de bens de consumo, outra, a de bens de produção; uma, a propriedade de uso pessoal, outra a propriedade/capital³⁰⁰, e arremata o autor, com regras próprias e atuando o princípio social de forma diferente.

³⁰⁰ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 27ª ed. ver. atual. São Paulo: Editora Malheiros, p. 274.

E, também, em consonância com a dignidade da pessoa humana , que é um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Mas, alerta José Afonso da Silva:

Mas é certo que o princípio da função social não autoriza a suprimir, por via legislativa, a instituição da propriedade privada. Contudo, parece-nos que pode fundamentar até mesmo a socialização de algum tipo de propriedade, onde precisamente isso se torne necessário à realização do princípio, que se põe acima do interesse individual. Por isso é que se conclui que o direito de propriedade (dos meios de produção especialmente) não pode mais ser tido como um direito individual. A inserção do princípio da função social, sem impedir a existência da instituição, modifica sua natureza, pelo que, como já dissemos, deveria ser prevista apenas como instituição do direito econômico.³⁰¹

6.2. A PROPRIEDADE EMPRESARIAL E SUA FUNÇÃO SOCIAL

A propriedade empresarial também adquiriu dimensão social, marcada pela evolução, assim descrita pelas lições de Octávio Bueno Magano:

No modelo de economia clássica, o empresário, possuindo a propriedade e o controle de sua de sua empresa, atuava como se fosse um soberano. Fazia-a funcionar para a satisfação de seus próprios interesses. No modelo de economia dualista, predominantemente nos dias atuais, a empresa funciona para a satisfação de múltiplos interesses: dos proprietários; dos administradores; dos empregados e da comunidade em que se encontra integrada. Converteu-se, portanto, num organismo, cujo funcionamento não se subordina mais aos caprichos de proprietários, senão às adstringências de esquemas previamente idealizados.³⁰²

³⁰¹ *Ibid*, p.284

³⁰² MAGNO, Octávio Bueno. **Manual de direito do Trabalho**. Volume 2. São Paulo: LTr, 1981, ps. 58,59 e 62.

O papel das empresas também foi desenhado pelo Constituinte no art. 170, da Carta de 88, no Capítulo I, Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, objetivando justiça social, tendo que observar dentre outros princípios a função social.

Nas palavras de José Afonso da Silva, a ordem econômica atribuiu à empresa, como realizadora do poder econômico, a função social, assim asseverando:

O art. 170, III, ao ter a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica, reforça essa tese, mas a principal importância disso está na sua compreensão como um dos instrumentos destinados à realização da existência digna de todos e da justiça social. Correlacionando essa compreensão com a valorização do trabalho humano (art. 170, **caput**), a defesa do consumidor (art. 170, V), a defesa do meio ambiente (art. 170, VII) e a busca do pleno emprego (art. 170, VIII), tem-se configurada a sua direta implicação com a **propriedade dos bens de produção**, especialmente imputada à empresa pela qual se realiza e efetiva o poder econômico, o poder de dominação empresarial.³⁰³

Depreende-se, assim, que a expressão clássica: "direito potestativo de o empregador dispensar empregados", segundo o qual, "o patrão tem o direito de rescindir o contrato de trabalho unilateralmente, com ou sem motivo, segundo o seu livre critério, porque o ato jurídico reveste-se de caráter absoluto, não comportando oposições quer do empregado, quer da autoridade pública"³⁰⁴, face ao ditame do art. 170, é uma concepção ultrapassada, não se coaduna com a função social da empresa no direito contemporâneo, ou a responsabilidade social da empresa.

Sobre o assunto, leciona Carlos Aurélio Mota de Souza:

O conceito de função social não implica em assistencialismo, filantropia ou atividade subsidiária das empresas. Objetivamente, é uma obrigação legal,

³⁰³ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 27ª Ed. ver. atual. São Paulo: Editora Malheiros, p. 283.

³⁰⁴ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Despedida arbitrária ou sem justa causa. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Dispensa do Empregado: Direito comparado e perspectivas brasileiras**. *Revista LTr*, n. 44-10/12. São Paulo: LTr, outubro-dezembro/1980, p. 1.195.

decorrente da Constituição Federal, sobretudo dos princípios contidos no capítulo da ordem econômica e financeira.³⁰⁵

Na verdade, o “poder de dominação empresarial” a que se referiu José Afonso da Silva ocupou o vácuo deixado pelo Estado, através da melhoria de condições de seus empregados e seus familiares, e, isso pode ser verificado no âmbito da saúde, proporcionando assistência médica; no âmbito da educação, com ensino nos locais de trabalho ou mesmo subsidiado; lazer, cidadania, previdência privada, através do trabalho e justiça social. Isso não pode conviver com a despedida arbitrária; despedida sem qualquer motivação, em especial, a despedida àqueles empregados com muitos anos de empresa e em idade madura.

Sobre a Função Social da Empresa, Yone Frediani³⁰⁶ destaca, com a propriedade que lhe é peculiar, a atuação das empresas, nas diversas áreas acima mencionadas e, relata que é um comportamento empresarial datado do início do século passado na Europa e Estados Unidos, cujo objetivo é a valorização humana, “na busca do mais justo desenvolvimento humano, social e ambiental.”³⁰⁷

6.3. TEORIA DA RESPONSABILIDADE SOCIAL DE RYUZABURO KAKU

Em recente artigo em homenagem a Amauri Mascaro Nascimento, Carlos Aurélio Mota Souza, em tema sobre “Responsabilidade da Empresa no Aperfeiçoamento dos Empregados”³⁰⁸, apresenta diversas teorias sobre responsabilidade social das empresas, fazendo especial referência ao ex-presidente da empresa japonesa Canon

³⁰⁵ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de Souza. Responsabilidade da empresa no aperfeiçoamento dos empregados. In: MARCHANCHY, Mara Vidigal (coord.). **Responsabilidade social nas relações laborais: Homenagem ao prof. Amauri Mascaro Nascimento**. São Paulo: Ltr, 2007, p. 39.

³⁰⁶ FREDIANI, Yone. **A função social da empresa**. Monografia, Unifief, 2000.

³⁰⁷ FREDIANI, Yone. *Op. Cit.*

³⁰⁸ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Responsabilidade da empresa no aperfeiçoamento dos empregados. In: DARCANCHY, Mara Vidigal (coord.). **Responsabilidade social nas relações laborais: Homenagem ao professor Amauri Mascaro Nascimento**. São Paulo: LTr, 2007, p. 36-52.

Inc., Ryuzaburo Kaku e sua teoria chamada *Kyosei*, equivalente ao nosso princípio da função social da empresa do art. 170, inc. III da Constituição Federal.

Pela teoria do Sr. Ryuzaburô Kaku as empresas têm as seguintes formas:

A primeira categoria é puramente uma empresa capitalista que tenta maximizar os lucros mesmo explorando seus trabalhadores. A segunda é quando a gerência e a mão-de-obra compartilham de um destino comum, e a terceira é quando a empresa vai além do trabalho para o seu bem-estar e considera o mesmo quanto à comunidade. O quarto estágio é *Kyosei*, o bem comum.³⁰⁹

Explica o autor que, através da teoria chamada *Kyosei*, agregam-se interesses da empresa em produzir riquezas e o bem comum, aos funcionários e comunidade, o que se pode chamar de responsabilidade social com o componente da dignidade da pessoa humana.

Trata-se de relevante apreciação sobre a responsabilidade social das empresas: como integrantes da sociedade, estas devem contribuir para o bem comum e a melhoria da comunidade. Podem produzir riquezas, proporcionando bens e serviços de modo justo e eficiente, respeitando a dignidade das pessoas, promovendo o bem-estar individual e a harmonia social.³¹⁰

Representando o conceito de bem-comum – *Kyosei* – “viver e trabalhar conjuntamente em prol do bem comum, possibilitando que a cooperação e a prosperidade mútua coexistam com a concorrência saudável e justa.”³¹¹

Talvez essa teoria seja o melhor exemplo de Responsabilidade Social Empresarial, em que a empresa alcança seus objetivos institucionais com justiça social, cumprindo ao Estado, como parceiro, realizar o seu papel de agregador dessas

³⁰⁹ Entrevista SKELLY, Joe: *Ryuzaburo Kaku*. Business Ethics (Ética de Negócios), mar.abr. 1995: 32. Apud ALFORD, Helen e SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Responsabilidade da empresa no aperfeiçoamento dos empregados. In: DARCANCHY, Mara Vidigal (coord.). **Responsabilidade social nas relações laborais**: homenagem ao professor Amauri Mascaro Nascimento. São Paulo: LTr, 2007, p. 38.

³¹⁰ *Ibid*, p. 36-52.

³¹¹ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Responsabilidade da empresa no aperfeiçoamento dos empregados. In: DARCANCHY, Mara Vidigal (coord.). **Responsabilidade social nas relações laborais**: homenagem ao professor Amauri Mascaro Nascimento. São Paulo: LTr, 2007, p. 38.

possibilidades, com incentivos tributários e com políticas econômicas que estimulem o êxito dessas empresas.

A perspectiva empresarial, desde sempre, foi com o êxito de suas organizações, porém o empenho na valorização e na dignidade de seus trabalhadores e da comunidade tem sido uma prática recente e cada vez maior.

Citem-se aqui empresas brasileiras direcionadas a essas ações afirmativas de forma concreta, como o Instituto Ethos de Empresa e Responsabilidade Social, que “inspirou-se na Instituição norte-americana chamada Business and Social Responsibility e desde 1998 busca disseminar a prática da Responsabilidade Social Empresarial (SER) ajudando as empresas a compreender critérios de responsabilidade social de forma progressiva, a implementar políticas e práticas com critérios éticos.”³¹²

Citam-se outros exemplos como: Fundação Bradesco, Globoaves Agropecuária, no Paraná; Acesita, em Belo Horizonte; Morro do Níquel, no Paraná; Itaú-Unicef-Cenpec, entre outras.

Nosso parâmetro Constitucional é o art. 170, “a moderna visão do papel das empresas”³¹³, na visão de Carlos Aurélio Mota de Souza:

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

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

³¹² *Ibid*, p. 47.

³¹³ *Ibid*, p. 39.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

O art. 170 já demonstra a evolução do instituto da propriedade, se comparado com o passado.

Por último, cabe mencionar que o princípio da função social da propriedade tem aplicabilidade imediata, tendo em vista o art. 5º, parágrafo 1º. “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

A própria jurisprudência, segundo José Afonso da Silva, reconhece tal aplicabilidade, justificando que:

A norma que contém o princípio da função social da propriedade incide imediatamente, é de aplicabilidade imediata, como o são todos os princípios constitucionais. (...) tem plena eficácia, porque interfere com a estrutura e o conceito da propriedade, valendo como regra que fundamenta um novo regime jurídico desta, transformando-a numa instituição de Direito Público, especialmente, ainda que nem a doutrina nem a jurisprudência tenham percebido o seu alcance, nem lhe dado aplicação adequada, como se nada tivesse mudado ³¹⁴

Em síntese, a nova ordem Constitucional contempla a chamada função social da propriedade, princípio este que explica doutrinariamente a função social da empresa, com fundamento na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), além de outros objetivos que estão elencados no art. 3º da atual Constituição, dando ênfase ao coletivo como condição de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º inc. I, CF).

Isso evidencia a preocupação contemporânea na obtenção do equilíbrio entre o capital e o trabalho, com o fim de valorizar o ser humano trabalhador e o seu trabalho.

Aqui foram citadas algumas empresas preocupadas com o “bem comum”, mas, certamente há milhares, exercendo esse papel de “formiguinhas”, inspiradas na visão moderna do art. 170 da CF de garantir a dignidade da pessoa humana.

³¹⁴ SILVA, José Afonso da Silva, **Curso de direito constitucional positivo**. 27ª ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 282.

O caminho da evolução no conceito da empresa passou pelo antes, de caráter absoluto, e chegou ao hoje, voltado para fins comunitários, “ao bem comum”, a par do que diz a teoria japonesa de Sr. Ryuzaburo Kaku. E tal caminho não pode permitir a despedida arbitrária, sem qualquer motivação pelo empregador, pois é a negação dos fundamentos que regem a Constituição Federal, principalmente no que permite a dignidade da pessoa humana, a atividade econômica e a continuidade da relação de emprego.

A Organização Internacional do Trabalho – OIT – preocupada com os destinos dos trabalhadores do mundo, face às dificuldades econômicas e os avanços tecnológicos, cria a Convenção 158, ratificada em vários Estados-Membros, cujo objetivo é que haja causa justificadora para o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador.

Certo é que empresas internacionais, a exemplo da japonesa, e de algumas nacionais, como a Ethos, vêm incorporando políticas que levam em conta a dignidade do trabalho e do “bem comum”, preenchendo um papel que deveria ser do Estado; de toda sorte, em benefício da comunidade e do trabalhador, apostando na existência digna de todos.

CONCLUSÃO

Diante do que aqui se expôs, ressaltou-se o comando constitucional acerca da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho como direitos fundamentais a serem exercidos no Estado Democrático de Direito, na medida em que constituem os seus alicerces, impondo ao Estado a concretização de seus mandamentos.

A despedida arbitrária é a antítese ao respeito da dignidade do trabalhador e é de crucial importância a aplicabilidade do art. 6º da CF, que enumera os direitos sociais, entre eles o trabalho, considerado “piso vital mínimo” para a existência digna do homem.

E essa situação é agravada e muito, quando o trabalhador é despedido após vários anos de serviços prestados e em idade madura, pois, arranca-lhe, nos dias atuais de escassez de emprego, não só a possibilidade de retorno ao mercado, como também, a sua própria subsistência e de sua família.

O que aqui se sugere é que o legislador complementar preveja uma indenização maior sobre o saldo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Nunca será como a manutenção do emprego, porém prestigiar-se-á esse tipo de trabalhador.

O chamado “direito potestativo” do empregador, mitigado no direito contemporâneo, não será obstado, desde que justificados os motivos da despedida e o pagamento por ter dado causa .

A Organização Internacional do Trabalho – OIT, preocupada com os rumos do término do contrato de trabalho no mundo, inicialmente, editou a Recomendação 119, que foi o primeiro instrumento internacional específico sobre o tema, consignando que esse término deve guardar pertinência com a conduta e capacidade do trabalhador ou necessidades da empresa.

Posteriormente, em 1982, foi editada a Convenção N. 158, criando obrigações aos países signatários da OIT, com os mesmos objetivos da Recomendação n. 119.

O legislador constitucional brasileiro inspirou-se nessas diretrizes – Recomendação 119 e Convenção 158 – e fez menção no art. 7º, inc. I, da CF, como proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

Ocorre que, há quase duas décadas, precisamente 19 anos, aguarda-se que o legislador saia de sua imobilidade e regule o art. 7º, inc. I.

Enquanto isso não ocorre, tem se aplicado o art. 10, inc. I, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, que se refere à indenização compensatória, 40% sobre o saldo dos depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (Lei n.8.036/90).

Repise-se que, apesar de toda a malévola contumácia, há um Projeto de Lei Complementar tramitando desde 2003 – PLC 08/2003, modestíssimo pela importância do tema, que não prevê pontos fundamentais, além de qualquer indenização no caso de despedida arbitrária ou sem justa causa, o que afronta a dignidade daqueles trabalhadores despedidos sem um motivo justificável.

E essa situação é agravada, quando o trabalhador é despedido após vários anos de serviços prestados e em idade madura.

A nova ordem Constitucional contempla a chamada função social da propriedade, princípio esse que explica doutrinariamente a função social da empresa, com fundamento na dignidade da pessoa humana. Esse princípio evidencia a preocupação contemporânea na obtenção do equilíbrio entre o capital e o trabalho com o fim de valorizar o ser humano trabalhador e o seu trabalho.

Mencionou-se Ryuzaburo Kaku, executivo de uma multinacional japonesa, cuja “teoria do bem comum”, chamada *Kyosei*, posta-se no mesmo patamar da ótica brasileira do princípio da dignidade humana, enfatizando justiça social.

A teoria de Ryuzaburo Kaku enfatiza a valorização e a dignidade dos trabalhadores nas empresas, para que o êxito seja de todos. Esse, talvez, seja o melhor exemplo de Responsabilidade Social Empresarial, desenhado nos moldes do art. 170 da CF, sem implicar, com isso, em assistencialismo, apenas focando objetivos constitucionais.

Algumas empresas ocuparam um vácuo deixado pelo Estado, pois, através de melhoria nas condições básicas de seus empregados e familiares proporcionam

assistência médica, educação, previdência privada, lazer, cidadania, tudo aquilo que Estado não lhes tem proporcionado seja por ineficiência seja por incompetência.

Assim, percebe-se o quanto o conceito de empresa evoluiu, antes de caráter absoluto, hoje, voltada a diversos fins, em especial a justiça social. Tal perspectiva não permite espaço para a despedida arbitrária, sem qualquer motivação pelo empregador, pois é a negação dos fundamentos que regem a Constituição Federal, principalmente no que permite a dignidade da pessoa humana.

Uma forma de compensar a despedida dar-se-ia por um critério de graduação de multas sobre o FGTS, diferenciando as despedidas sem justa causa das despedidas arbitrárias e, nestas, graduando as multas com alíquotas maiores e progressivas, conforme a gravidade de cada uma.

Esse é o critério sugerido por Pedro Paulo Teixeira Manus. Não se pode, também, olvidar os parâmetros da lei contra a proteção contra a despedida, na Alemanha.

O país precisa debruçar-se nos estudos de um sistema educacional que possibilite a capacitação ou reciclagem constantes dos empregados, principalmente os antigos e de idade madura, pois são os mais vulneráveis no atual contexto do mercado de trabalho.

Padrões éticos, também, devem ser desenvolvidos pelas empresas, pois não é socialmente justificável despedir um empregado, com vários anos de empresa e de idade madura, sem qualquer motivo. Esse empregado deve ter uma proteção diferenciada.

O texto Constitucional permite, sem qualquer afronta ao sistema, a ampliação de outros direitos que visem à melhoria de condição do trabalhador, sem contar que a normatização infraconstitucional, assim como os acordos e convenções coletivas, podem e devem contemplar proteção aos empregados antigos e em idade madura, pois o Direito do Trabalho é plurinormativo e nele vigora o princípio da norma mais favorável, dada a sua natureza social e protetora.

Ressente-se, da atitude do legislador – após 19 anos sem regulamentar o tema - sobrando a evidente manifestação de descaso à dignidade do trabalhador.

BIBLIOGRAFIA

AQUINO, Thomaz. **Um caminho até Deus**. Os Pensadores. História da Filosofia. São Paulo: Ed. Abril, 1999

ALMEIDA, Renato Rua de. A estabilidade no emprego num sistema de economia de mercado. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro (coord.). **A Transição do direito do trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 1999

AMARAL, Francisco. Os atos ilícitos. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETO, Domingos. (coords.) **O novo código civil: Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: LTR, 2003

ARANGO, Rodolfo. *Der Begriff der sozialen Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos Verl. Ges., 2001. In: LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989

ARISTÓTELES. **A Política**. Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999
_____. **Ética a nicômaco**. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. atual. 15ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BARRETO, Vicente Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. **Boletim de Ciências Econômicas**. Coimbra, 2003.

BESSONE, Darcy. **Direitos reais**. São Paulo: Saraiva, 1988

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999

CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

CATHARINO, José Martins. *La estabilidad en el empleo*, na revista argentina *Gaceta del Trabajo*, 1965. In: PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 3ª ed. atual. São Paulo: LTR, 2000

COMPARATO, Fábio Konder, **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª Ed., ver. ampl., 2ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2004

CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Proteccion contra el Despido Injustificado**. 82ª reunión, 1995 – Oficina Internacional Del Trabajo, Ginebra

CORREAS, Carlos Ignacio Massini. *Filosofia Del Derecho: el derecho y los derechos humanos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

Declaração Universal dos Direitos do Homem. Preâmbulo.

DE LA CUEVA, Mario. *Derecho mexicano del trabajo*. México: Porrúa, 1960. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19ª ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2004

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanelli. **Direito administrativo**. 3ª. Ed. São Paulo: Atlas, 1992.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. São Paulo: Saraiva, 2000

DORNELLES, João Ricardo Wanderley. **O que são direitos humanos?** São Paulo: Brasiliense, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. ***Diritti Fondamentali: Um dibattito teorico***. Roma: Laterza, 2002.

FERREIRA, Waldemar. **História do Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1962.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004

_____. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Curso de Direito Ambiental**. 3ª ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

FREDIANE, Yone. **A função social da empresa**. Monografia, Unifieo, 2000.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas: A responsabilidade do administrador e do ministério público**. São Paulo: Max Limonad, 2000

GARCIA, Filipe Barbosa Garcia. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Método, 2007

GOMES, Angela de Castro; PESSANHA, Elina G. da Fonte; MOREL, Regina de Moraes (orgs). **Arnaldo Süssekind, um construtor do direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de J.P.Monteiro e M.B.N. da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1997.

JACINTO, Vanessa. Hora de repensar a carreira. **Estado de Minas**, Belo Horizonte. Caderno de emprego, 11 de setembro de 2005

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Os pensadores – Kant (II), Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LIPPMANN, Ernesto: **Os Direitos Fundamentais da Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 1999.

MAGANO, Octávio Bueno. **Política do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995

_____. **Manual de direito do Trabalho**. Volume 2. São Paulo: LTr, 1981

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Despedida arbitrária ou sem justa causa**: Aspectos do direito material e processual do trabalho. São Paulo: Malheiros Editores, 1996

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

MEIRELLES, Davi Furtado. Comentário do Artigo 543. In: MACHADO, Antônio Cláudio Costa (org.) e ZAINAGHI, Domingos Sávio (coord.). **CLT Interpretada**. Barueri, SP: Manole, 2007

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Direitos Fundamentais. 3ª. ed. ver. e actual. Coimbra: Coimbra Ed., 2000, t.4..

MIRANDOLA, Pico della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Lisboa: Edições 70, 1989.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª Ed. ver. apl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19ª ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 32ª ed. São Paulo: LTr, 2006

_____. **Compêndio de direito sindical**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2000

_____. **Direito do trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989

OLIVEIRA, Francisco Antonio. **Comentários aos Enunciados do TST**. 5ª ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001

PASQUARELLI, Maria Luiza Rigo. **Normas para apresentação de trabalhos acadêmicos [ABNT/NBR-14724]**. Osasco: Unifieo, 2002.

PINTO, Almir Pazzianotto. **A velha questão sindical e outros temas**. São Paulo: LTr, 1995

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Repertório de conceitos trabalhistas**. v.1. São Paulo: LTr, 2000

_____. **Curso de direito individual do trabalho**. 3^a ed. São Paulo: LTr, 1997

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2003.

PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio, 3^a ed. atual. São Paulo: LTR, 2000

REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990

_____. **Questões de Direito Público**. São Paulo: Saraiva, 2007

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **O moderno direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1994

RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. O abuso do direito e a justiça social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; COSTA, Luiz Guilherme da; GONÇALVES, Renato Afonso (coords) **O Código Civil e sua interdisciplinariedade: Os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ROMITA, Arion Sayão. Proteção contra a despedida arbitrária. In: RODRIGUES, Aluísio (coord). **Direito Constitucional do trabalho**. vol.2. São Paulo: LTr.,1997.

RUA, Renato de Almeida. O regime geral do Direito do Trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra despedida individual sem justa causa. **Revista LTr**. Vol. 71, no. 03, Março de 2007

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. ver. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 27ª ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006

SKELLY, Joe. Ryuzaburo Kaku. Business Ethics (Ética de Negócios), mar.abr. 1995: 32
Apud ALFORD, Helen e SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Responsabilidade da empresa no aperfeiçoamento dos empregados. In: DARCANCHY, Mara Vidigal (coord.). **Responsabilidade social nas relações laborais: homenagem ao professor Amauri Mascaro Nascimento**. São Paulo: LTr, 2007

SÓFOCLES. **Antígona**. Porto Alegre: L&PK, 1999.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da convenção 158 da OIT. **Revista LTr**, Vol. 68, n. 11, Novembro de 2005.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Responsabilidade da empresa no aperfeiçoamento dos empregados. DARCANCHY, Mara Vidigal (coord.). **Responsabilidade social nas**

relações laborais: homenagem ao professor Amauri Mascaro Nascimento. São Paulo: LTr, 2007

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho.** 3ª ed., ampl. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

_____. **Convenções da OIT.** 2ª ed. ampl. atual. até ago. 1998. São Paulo: LTr, 1998

_____. **Instituições de direito do trabalho.** Vol. II. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966.

_____. **Direito internacional do trabalho.** 3ª Ed. atual. e com novos textos. São Paulo: LTr, 2000

VIGO, Rodolfo Luis. **Vision Crítica de la Historia de la Filosofía Del Derecho.** Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1984.

INTERNET

ALVES, José Eustáquio Diniz. **O bônus demográfico e o crescimento econômico no Brasil.** Disponível em <[http:// abep.nepo.unicamp.br./docs/poppobreza/Alves.pdf](http://abep.nepo.unicamp.br/docs/poppobreza/Alves.pdf)>. Acesso em 07 de fevereiro de 2007.

ARAÚJO, Bernardo Goytacazes de; LUNA, Sérgio. Centro de Pesquisas Estratégicas "Paulino Spoares de Souza". Universidade Federal de Juiz de Fora. Disponível em <<http://www.hystoria.hpg.ig.com.br/hoblock.html>> Acesso em 25 de fevereiro, 2006.

GUROVITZ, Helio e BLECHER, Nelson. **Dar lucro aos acionistas não é a missão da empresa.** Artigo janeiro 1 -2007. Disponível em <http://www.rhportal.com.br/artigos/wmview.php?idc_cad=5lzy7vdwu>. Acesso em 13 de dezembro,2007.

SOUZA, César Romero Fagundes de. Disponível em <<http://pucrs.campus2.b/rcsouza/docs/impacateg.br.doc>>. Acesso 27 de novembro, 2007. Sobre imperativo categórico. Texto adaptado de Fundamentação da metafísica dos costumes (1786), de Immanuel Kant.

WIKIPEDIA. Disponível em <[http://pt.wikipeia.org/wiki/crise do petr%C3%B3leo](http://pt.wikipeia.org/wiki/crise_do_petr%C3%B3leo)>. Acesso em 06 de fevereiro de 2007.

ANEXOS

PARECER

Parecerista: Daniela Bento Fandino

Psicóloga

CRP 06/63811

Solicitante:

Objetivo/Questão: Qual é o perfil psicológico do trabalhador que perde o emprego, sem qualquer justificativa, após vários anos de serviços prestados ao mesmo empregador e de idade madura?

Análise:

O trabalho é uma atividade humana " que tem valor, não em si mesmo, mas como um meio para um fim julgado bom, de qualquer ponto de vista" (Lalande, 1999, p. 1182). Compreendido como atividade é uma forma de relação com coisas e pessoas e, por isso, forma identidades, jeitos de ser e existir num mundo compartilhado.

Na sociedade capitalista o trabalho é um dever. Trabalhar é condição essencial para viver e não apenas para viver materialmente, mas para que alguém seja socialmente confiável e, ser confiável é ter o testemunho de outro que lhe atribui existência social.

O trabalho é pois para muitas pessoas uma fonte de realização e desenvolvimento, de motivação e satisfação. O local de trabalho e o trabalho em si são referências muitíssimo importantes para o indivíduo adulto e tanto mais para o indivíduo maduro, ou com mais de 40 anos, que estabelece uma relação estreita e porque não dizer, afetiva com o trabalho (incluindo papéis desempenhados, responsabilidades, relações interpessoais).

A experiência do desemprego certamente não é vivida da mesma maneira por todos os indivíduos. Há que se considerar o investimento pessoal e o comprometimento (social, afetivo e econômico) do sujeito em relação ao trabalho.

O desemprego de modo geral é vivido como uma perda: de referência, de identidade profissional, de relações afetivas, de valores, status etc. Além da perda financeira.

De acordo com Graça (1999) em curto prazo pode-se observar implicações psicológicas como: perda da autoconfiança, insegurança, sentimentos de medo, vergonha e impotência, fadiga, depressão ou angústia, irritabilidade, insônia, inapetência, conflitos familiares e, em alguns casos, comportamentos de compensação como o aumento do consumo de álcool, tabaco ou tranqüilizantes, além de manifestações psicossomáticas.

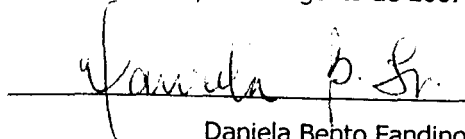
O indivíduo adulto na situação de desemprego e fragilizado, seja por culpabilizar-se ou vitimizar-se frente à situação, além de vivenciar este luto, pela perda da referência, papel e status que o emprego lhe conferia, tem de superar estas adversidades para então conseguir uma recolocação no mercado de trabalho.

Vale dizer que muitas vezes essa é uma empreitada tanto ou mais difícil que a própria situação de desemprego, pois há que se considerar a idade do indivíduo, o gênero, a qualificação profissional, a mobilidade profissional, a conjuntura econômica e o mercado de trabalho.

Conclusão:

Diante do exposto pode-se dizer que a situação de desemprego traz conseqüências não só para o indivíduo, mas estende-se ao âmbito familiar e social, acarretando conflitos não só na esfera econômica, mas também na esfera afetiva e social (auto-imagem depreciada, embotamento afetivo¹), sobretudo quando o desemprego tem uma longa duração, pois constitui um sério risco de exclusão social tornando cada vez mais difícil a re-inserção no mundo do trabalho e conseqüentemente comprometendo sua dignidade como trabalhador e como pessoa.

São Paulo, 08 de agosto de 2007



Daniela Bento Fandino

CRP 06/63811

1- Caracteriza pelo fato de o rosto da pessoa mostrar-se imóvel e irresponsivo, com pouco contato visual e linguagem corporal reduzida (DSM IV Tr, 2002).

Referência Bibliográfica

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. Referência rápida aos critérios diagnósticos do DSM IV Tr. Porto Alegre: Art Med, 2002.

GRAÇA, Luis. Desemprego e saúde. 1999.

LALANDE, ^a Vocabulário técnico e crítico de filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 1999.





Mostre anúncios
relevantes no seu site
com o Google AdSense

usuário: senha:

Quarta-Feira, 5/3/2008

[Adicione a Favoritos](#) | [Trabalhe conosco](#) | [Fale conosco](#)

[Home](#)

ATENÇÃO: A Convenção OIT 158 deixou de vigorar no Brasil a partir do dia 20 de novembro de 1.997, pelo Decreto nº 2100 que REVOGOU integralmente o Decreto 1855

DECRETO Nº 2.100, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996

Torna pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção da OIT nº 158 relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador.

Nota 1) Ver Decreto nº 1.855, de 10.04.1996, DOU 11.04.1996, que promulga a Convenção 158 sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, de 22 de junho de 1982.

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

Brasília, 20 de dezembro de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

Fernando Henrique Cardoso, Luiz Felipe Lampreia

Faço saber que o CONGRESSO NACIONAL aprovou, e eu, MAURO BENEVIDES, Presidente do Senado Federal, nos termos do art. 48, item 28 do Regimento Interno, promulgo o seguinte

DECRETO LEGISLATIVO Nº 68, DE 1992

Aprova o texto da Convenção nº 158, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre o Término da Relação do Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 1982, durante a 68ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho.

O CONGRESSO NACIONAL, decreta:

Art. 1º É aprovado o texto da Convenção nº 158, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre o término da Relação do Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 1982.

Parágrafo único. São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida convenção, bem como aqueles que se destinem a estabelecer ajustes complementares.

Art. 2º Este decreto legislativo entra em vigor na data de sua publicação.

Senado Federal, 16 de setembro de 1992.

SENADOR MAURO BENEVIDES

Presidente

DECRETO Nº 1.855, DE 10 DE ABRIL DE 1996

Promulga a Convenção 158 sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, de 22 de junho de 1982.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição, e

Considerando que a Convenção Número 158, da Organização Internacional do Trabalho, sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, foi assinada em Genebra, em 22 de junho de 1982;

Considerando que a Convenção ora promulgada foi oportunamente submetida ao Congresso Nacional, que a aprovou por meio do Decreto Legislativo número 68, de 16 de setembro de 1992;

Considerando que a Convenção em tela entrou em vigor internacional em 23 de novembro de 1985;

Considerando que o Governo brasileiro depositou a Carta de Ratificação do instrumento multilateral em epígrafe, em 05 de janeiro de 1995, passando o mesmo a vigorar, para o Brasil, em 05 de janeiro de 1996, na forma de seu artigo 16;

DECRETA:

Art. 1º A Convenção número 158, da Organização Internacional do Trabalho, sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, assinada em Genebra, em 22 de junho de 1982, apensa por cópia ao presente Decreto, deverá ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2º O presente Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, em 10 de abril de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Luiz Felipe Lampreia

ANEXO AO DECRETO QUE PROMULGA A CONVENÇÃO NÚMERO 158, DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, SOBRE O TÉRMINO DA RELAÇÃO DE TRABALHO POR INICIATIVA DO EMPREGADOR, CONCLUÍDA EM GÊNEBRA, EM 22 DE JUNHO DE 1982/MRE

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO

CONVENÇÃO 158

CONVENÇÃO SOBRE TÉRMINO DA RELAÇÃO DE TRABALHO POR INICIATIVA DO EMPREGADOR

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho:

Convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho, e reunida nessa cidade em 2 de junho de 1982, na sua Sexagésima-Oitava Sessão;

Tendo tomado nota das normas internacionais contidas na Recomendação sobre o Término da Relação de Trabalho, 1963, foram registradas importante novidades na legislação e na prática de numerosos Estados-Membros relativas às questões que essa Recomendação abrange. < p> Considerando que em razão de tais novidades é oportuno adotar novas normas internacionais na matéria, levando particularmente em conta os graves problemas que se apresentam nessa área como consequência das dificuldades econômicas e das mudanças tecnológicas ocorridas durante os últimos anos em grande número de países;

Após ter decidido adotar diversas proposições relativas ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, questão que constitui o quinto item da agenda da Reunião, e

Após ter decidido que tais proposições tomariam a forma de uma Convenção, adota, na data 22 de junho de 1982, a presente Convenção sobre o Término da Relação de Trabalho, 1982:

PARTE I

Métodos de Aplicação, Área de Aplicação e Definições!

Artigo 1

Dever-se-á dar efeito às disposições da presente Convenção através da legislação nacional, exceto na medida em que essas disposições sejam aplicadas por meio de contratos coletivos, laudos arbitrais ou sentenças judiciais, ou de qualquer outra forma de acordo com a prática nacional.

Artigo 2

A presente Convenção aplica-se a todas as áreas de atividade econômica e a toda as pessoas empregadas.

Todo membro poderá excluir da totalidade algumas das disposições da presente Convenção as seguintes categorias de pessoas empregadas:

- a. os trabalhadores de um contrato de trabalho de duração

- determinada ou para realizar uma determinada tarefa;
- b. os trabalhadores que estejam num período de experiência ou que tenha o tempo de serviço exigido, sempre que, em qualquer um dos casos, a duração tenha sido fixada previamente e for razoável;
 - c. os trabalhadores contratados em caráter ocasional durante um período de curta duração.
2. Deverão ser previstas garantias adequadas contra o recurso a contratos de trabalho de duração determinada cujo objetivo seja o de iludir a proteção prevista nesta Convenção.
 - a. Na medida que for necessário, e com a prévia consulta das organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, quando tais organizações existirem, a autoridade competente ou o organismo apropriado de cada país poderá tomar medidas para excluir da aplicação da presente Convenção, ou de algumas de suas disposições, certas categorias de pessoas empregadas, cujas condições de emprego forem regidas por disposições especiais que, no seu conjunto, proporcionem uma proteção pelo menos equivalente à prevista nesta Convenção.
 2. Na medida que for necessário, e com a prévia consulta das organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, quando tais organizações existirem, a autoridade competente ou o organismo apropriado de cada país poderá tomar medidas para excluir da aplicação da presente Convenção ou de algumas de suas disposições, outras categorias limitadas de pessoas empregadas, a cujo respeito apresentarem-se problemas especiais que assumam certa importância, levando em consideração as condições de emprego particulares dos trabalhadores interessados ou a dimensão ou natureza da empresa que os emprega.
 3. Todo Membro que ratificar a presente Convenção deverá enumerar, no primeiro relatório sobre a aplicação da Convenção que submeter em virtude do artigo 22 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, as categorias que tiverem sido excluídas em para essa exclusão, e deverá indicar nos relatórios subsequentes a situação da sua legislação e prática com relação às categorias excluídas e a medida em que é aplicada ou se tenciona aplicar a Convenção essas categorias.

Artigo 3

Para os efeitos da presente Convenção as expressões "término" e "término da relação de trabalho" significam término da relação de trabalho do empregador.

Parte II

Normas de Aplicação Geral

SEÇÃO A

Justificação do Término

Artigo 4

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

Artigo 5

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

a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento de empregador, durante as horas de trabalho;

b) ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar ou ter atuado nessa qualidade;

c) apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer perante as autoridades administrativas competentes;

d) a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, a ascendência nacional ou a origem social;

e) a ausência do trabalho durante a licença-maternidade.

Artigo 6

A ausência temporária do trabalho por motivo de doença ou lesão não deverá constituir causa justificada de término da relação de trabalho.

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

SEÇÃO B

Procedimentos Prévios ao Término por Ocasão do Mesmo

Artigo 7

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

SEÇÃO C

Recurso Contra o Término

1. O trabalhador que considerar injustificado o término de sua relação de trabalho terá o direito de recorrer contra o mesmo perante uma organismo neutro, como, por exemplo, um tribunal, um tribunal do trabalho, uma junta de arbitragem ou um árbitro.

2. Se uma autoridade competente tiver autorizado o término, a aplicação do parágrafo 1 do presente artigo poderá variar em conformidade com a legislação e a prática nacionais.

3. Poder-se-á considerar que o trabalhador renunciou a seu direito de recorrer contra o término de sua relação de trabalho se não tiver exercido tal direito dentro de um prazo razoável após o término.

Artigo 9

1. Os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção estarão habilitados para examinarem as causas alegadas para justificar o término da relação de trabalho e todas as demais circunstâncias relacionadas com o caso, e para se pronunciar sobre o término ser ou não justificado.

2. A fim do trabalhador não estar obrigado a assumir por si só o peso da prova de que seu término foi injustificado, os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção deverão prever uma ou outra das seguintes possibilidades, ou ambas:

a) caberá ao empregador o peso da prova da existência de uma causa justificada para o término, tal como foi definido no artigo 4 da presente Convenção;

b) os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção estarão habilitados para decidir acerca das causas alegadas para justificar o término, levando em conta as provas apresentadas pelas partes e em conformidade com os procedimentos estabelecidos pela legislação e a prática nacionais.

3. Nos casos em que forem alegadas, para o término da relação de trabalho, razões baseadas em necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção estarão habilitados para verificar se o término foi devido realmente a essas razões, mas a medida em que esses organismos estarão habilitados também para decidirem se tais razões seriam suficientes para justificar o término deverá ser determinada pelos métodos de aplicação mencionados no artigo 1 desta Convenção.

Artigo 10

Se os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção chegarem à conclusão de que o término da relação de trabalho é justificado e se, em virtude da legislação e prática nacionais, esses organismos não estiverem habilitados ou não considerarem possível, devido às circunstâncias, anular o término e, eventualmente, ordenar ou propor a readmissão do trabalhador, terão a faculdade de ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada.

SEÇÃO D

Prazo de Aviso Prévio

Artigo 11

O trabalhador cuja relação de trabalho estiver para ser dada por terminada terá direito a um prazo de aviso prévio razoável ou, em lugar disso, a um indenização, a não ser que o mesmo seja culpado de uma falta grave de tal natureza que seria irrazoável pedir ao empregador que continuasse a empregá-lo durante o prazo do aviso prévio.

SEÇÃO E

Indenização por Término de Serviços e Outras Medidas de Proteção dos Rendimentos

Artigo 12

1. Em conformidade com a legislação e a prática nacionais, todo trabalhador cuja relação de trabalho tiver sido terminada terá direito:

a) a uma indenização por término de serviços ou a outras compensações análogas, cuja importância será fixada em função, entre diretamente pelo empregador ou por um fundo constituído através de cotizações dos empregados; ou

b) a benefícios do seguro desemprego, de um sistema de assistência aos desempregados ou de outras formas de previdência social, tais como benefícios por velhice ou por invalidez, sob as condições normais às quais esses benefícios estão sujeitos; ou

c) a uma combinação de tais indenizações ou benefícios.

1. Quando o trabalhador não reunir as condições de qualificação para ter direito aos benefícios de um seguro desemprego ou de assistência aos desempregados em virtude de um sistema de alcance geral, não será exigível o pagamento das indenizações ou benefícios mencionados no parágrafo 1, item a), do presente artigo, pelo único fato do trabalhador não receber benefício de desemprego em virtude do item b) do parágrafo mencionado.

2. No caso de término devido a falta grave, poder-se-á prever a perda do direito a desfrutar das indenizações ou benefícios mencionados no parágrafo 1, item a), do presente artigo pelos métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção.

PARTE III

Disposições Complementares sobre o Término da Relação de Trabalho por Motivos Econômicos, Tecnológicos Estruturais ou Análogos

SEÇÃO A

Consulta aos Representantes dos Trabalhadores

Artigo 13

1. Quando o empregador prever terminos da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos;

a) Proporcionará aos representantes dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno, a informação pertinente, incluindo os motivos dos terminos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados pelos menos e o período durante o qual seriam efetuados esses terminos:

b) em conformidade com a legislação e a prática nacionais, oferecerá aos representantes dos trabalhadores interessados, o mais breve que for possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os terminos e as medidas para atenuar as conseqüências adversas de todos os terminos para os trabalhadores interessados, o mais breve que possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os terminos e as medidas para atenuar as conseqüências adversas de todos os terminos para os trabalhadores afetados, por exemplo, achando novos empregos para os mesmos.

2. A aplicação do parágrafo 1 do presente artigo poderá ser limitada, mediante os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção, àqueles casos em que o número de trabalhadores, cuja relação de trabalho tiver previsão de ser terminada, for pelo menos igual a uma cifra ou uma porcentagem determinadas do total do pessoal.

3. Para efeitos do presente artigo, a expressão "representantes dos

trabalhadores interessados” aplica-se aos representantes dos trabalhadores reconhecidos como tais pela legislação ou a prática nacionais, em conformidade com a Convenção sobre os Representantes dos Trabalhadores, em 1971.

SEÇÃO B

Notificação à Autoridade Competente

Artigo 14

1. Em conformidade com a legislação e a prática nacionais, o empregador que prever *términos* por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, deverá notificá-los o mais breve possível à autoridade competente, comunicando-lhe a informação pertinente incluindo uma exposição, por escrito, dos motivos dos *términos* previstos, o número e as categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados e o período durante o qual serão efetuados esses *términos*.
2. A legislação nacional poderá limitar a aplicabilidade do parágrafo 1 do presente artigo àqueles casos nos quais o número de trabalhadores, cuja relação de trabalho tiver previsão de ser terminada, for pelo igual a uma cifra ou uma porcentagem determinadas do total do pessoal.
3. O empregador notificará às autoridades competentes os *términos* referidos no parágrafo 1 do presente artigo com um prazo mínimo de antecedência da data em que seriam efetuados os *términos*, prazo que será especificado pela legislação nacional.

PARTE IV

Disposições Finais

Artigo 15

As ratificações formais da presente Convenção serão comunicadas, para serem registradas, ao Diretor da Repartição Internacional do Trabalho.

Artigo 16

1. Esta Convenção obrigará exclusivamente àqueles Membros da Organização Internacional do Trabalho cujas ratificações tiverem sido registradas pelo Diretor-Geral.
2. Entrará em vigor 12 (doze) meses após a data em que as ratificações de 2 (dois) Membros tiverem sido registradas pelo Diretor-Geral.
3. A partir desse momento, esta Convenção entrará em vigor, para cada Membro, 12 (doze) meses após a data em que sua ratificação tiver sido registrada.

Artigo 17

1. 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.
2. Ao notificar aos Membros da Organização o registro da segunda ratificação que lhe tiver sido comunicada, o Diretor-Geral fará notar aos Membros da Organização a data em que a presente Convenção entrará em vigor.

Artigo 19

O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho comunicará ao Secretário-Geral das Nações Unidas, para efeitos do registro e em conformidade com o artigo 102 da Carta das Nações Unidas, uma informação completa sobre todas as ratificações, declarações e atos de denúncia que tiver registrado, de acordo com os artigos precedentes.

Artigo 20

Cada vez que o considerar necessário, o Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho apresentará à Conferência um relatório sobre a aplicação da Convenção e considerará a conveniência de se incluir, na agenda da Conferência, a questão de sua revisão total ou parcial.

Artigo 21

1. No caso da Conferência adotar uma nova Convenção que implique uma revisão total ou parcial do presente, e a não ser a nova Convenção contenha disposições em contrário:

a ratificação, por um Membro, da nova Convenção revista implicará, *ipso jure*, a denúncia imediata da presente Convenção, não obstante as disposições contidas no artigo 17, sempre que a nova Convenção revista tiver entrado em vigor;

a partir da data de entrada em vigor da nova Convenção revista, a presente Convenção deixará de estar aberta para ratificação por parte dos Membros.

A presente Convenção permanecerá em vigor em todos os casos em forma e conteúdo atuais, para aqueles Membros que a tiverem ratificado e que não ratificarem a Convenção revista.

Artigo 22

As versões inglesa e francesa do texto desta Convenção são igualmente autênticos.

RETIFICAÇÃO

DECRETO Nº 1.855, DE 10 DE ABRIL DE 1996

Promulga a Convenção 158 sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, de 22 de junho de 1982.

Instituto AMP Pesquisas Normativas do
Trabalho SC
Rua Izidoro Chanoski, 157 - Vista
Alegre
Curitiba - Paraná - CEP 80.820-580
Tel (41)3024-5615 Fax (41)3336-2814

329279

Tombo	180408 -
Valor	
Proc	UNIFICO
Data	22 04, 08
Encad	



180406