

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS**  
**Programa de Pós-Graduação em Direito do Trabalho**

**Ricardo Wagner Rodrigues de Carvalho**

**PROTEÇÃO CONTRA A DISPENSA COLETIVA: Uma proposta de  
regulamentação sob a ótica dos direitos fundamentais**

**Belo Horizonte**

**2014**

**Ricardo Wagner Rodrigues de Carvalho**

**PROTEÇÃO CONTRA A DISPENSA COLETIVA: Uma proposta de  
regulamentação sob a ótica dos direitos fundamentais**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Trabalho.

Orientador: Prof. Dr. Márcio Túlio Viana.

**Belo Horizonte**

**2014**

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C331p Carvalho, Ricardo Wagner Rodrigues de  
Proteção contra a dispensa coletiva: uma proposta de regulamentação sob a  
ótica dos direitos fundamentais / Ricardo Wagner Rodrigues de Carvalho. Belo  
Horizonte, 2014.  
98f.

Orientador: Márcio Túlio Viana  
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.  
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direitos fundamentais. 2. Pessoal – Dispensa. 3. Eficácia e validade do  
direito. 4. Princípio da efetividade. 5. Direito do trabalho. I. Viana, Márcio Túlio.  
II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-  
Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 342.7

Ricardo Wagner Rodrigues de Carvalho

**PROTEÇÃO CONTRA A DISPENSA COLETIVA: Uma proposta de  
regulamentação sob a ótica dos direitos fundamentais**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Trabalho.

Orientador: Prof. Dr. Márcio Túlio Viana.

Márcio Túlio Viana (orientador) – PUC Minas

Luiz Otávio Linhares Renault – PUC Minas

Sielen Barreto Caldas Vilhena – PUC Minas

Belo Horizonte, 05 de maio de 2014

“Eles descumprem a Constituição, mas todos acreditam no futuro da nação”

## RESUMO

Os direitos fundamentais e sua eficácia nas relações privadas constituem importante tema para discussão na doutrina e também na jurisprudência. Com a constitucionalização do direito privado, que não deve ser visto apenas com a elevação ao nível constitucional de seus institutos, mas sobretudo pela interpretação e aplicação à luz dos princípios e regras constitucionais, imprimiu-se maior eficácia às normas protetivas do trabalhador. A proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa inserta no art. 7º, inciso I, da Constituição possui plena eficácia, restando à posterior regulamentação apenas no que diz respeito à forma de reparação no caso de sua ocorrência. A proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa obsta o exercício, por parte do empregador, do direito de resilir o contrato por ato unilateral, não subsistindo, na nova ordem constitucional o direito potestativo de extinguir os contratos. No plano das dispensas coletivas, entendidas como aquelas que atingem um grande número de trabalhadores, dispensa maior atenção da comunidade jurídica, tendo em vista os efeitos maléficos em determinada sociedade. Assim, nesses casos a proteção se revela ainda mais importante e necessária, impondo uma atitude ativa dos operadores do direito em garantir a plena eficácia do art. 7º, inciso I, da Constituição.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Dispensa Coletiva. Eficácia. Efetividade.

## **ABSTRACT**

Fundamental rights and their effectiveness in private relations are an important topic for discussion in doctrine and also in case law. With the constitutionalization of private law, which should not be seen only with the rise to the constitutional level of its institutes, but rather the interpretation and application according to the constitutional principles and rules granting more effectively to the protection of the worker. The protection against arbitrary dismissal without just cause or inserted in art. 7, I of the Constitution has full effect, leaving only the subsequent regulations as a form of reparation. The protection against arbitrary dismissal without just cause or prevents unilaterally right to terminate the contract. In case of collective layoffs, defined as those that reach a large number of workers, demand more attention from the legal community. Thus, in these cases the protection is even more important and necessary, imposing an active attitude of Judges to ensure the full effectiveness of the art. 7, I of the Constitution.

**Keywords:** Fundamental rights. Effectiveness. Collective layoffs.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>07</b>
<b>2 DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	<b>12</b>
2.1 Conceito .....	12
2.2 Aspectos históricos .....	15
2.2.1 <i>Direitos Fundamentais de Primeira Geração</i> .....	16
2.2.2 <i>Direitos Fundamentais de Segunda Geração</i> .....	18
2.2.3 <i>Direitos Fundamentais de Terceira Geração</i> .....	19
2.2.4 <i>Direitos Fundamentais Sociais do Trabalho</i> .....	20
2.3 Eficácia dos Direitos Fundamentais .....	21
2.3.1 <i>Conceito de eficácia</i> .....	21
2.3.2 <i>Eficácia, vigência e efetividade</i> .....	23
2.3.3 <i>Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais</i> .....	26
2.3.4 <i>Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais</i> .....	28
2.3.5 <i>Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho</i> .....	31
<b>3 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO DO TRABALHO</b> .....	<b>35</b>
3.1 Caráter normativo e principiológico dos direitos fundamentais .....	35
3.2 Valor Social do Trabalho (Proteção ao Trabalhador) .....	36
3.3 Dignidade da Pessoa Humana .....	40
3.4 Princípio da vedação a retrocesso social .....	44
3.5 Princípios da boa fé e da função social dos contratos .....	46
3.6 Princípio da máxima eficácia e efetividade das normas constitucionais .....	48
<b>4 DISPENSA DO TRABALHADOR</b> .....	<b>51</b>
4.1 As mudanças no mundo do trabalho .....	51
4.2 O papel do direito: transformar ou retratar a realidade? .....	54
4.3 A dispensa como Direito Potestativo do empregador .....	56
4.4 Dispensa arbitrária ou sem justa causa .....	62
4.5 Dispensa desmotivada e arbitrariedade .....	63
4.6 Proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa .....	66
<b>5 DISPENSA COLETIVA</b> .....	<b>73</b>
5.1 A proteção aos trabalhadores inserta no art. 7º, I, da CR .....	73
5.2 O papel da negociação coletiva contra as dispensas em massa (até onde tem o papel de proteção?) .....	78
5.3 Considerações a respeito da Convenção 158 da OIT .....	79
5.4 A eficácia do art. 7º, I, da CR contra a dispensa coletiva e as propostas de regulamentação em trâmite no Congresso Nacional .....	83
5.4.1 <i>O controle das dispensas coletivas pelo Judiciário</i> .....	85
<b>6 CONCLUSÃO</b> .....	<b>91</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>94</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo a análise da eficácia da garantia constante do art. 7º, inciso I, da Constituição contra as dispensas arbitrárias ou sem justa causa, tendo em vista a previsão de regulamentação da aludida garantia por meio de Lei Complementar.

A proposta é analisar se a necessidade de regulamentação restringe a eficácia do dispositivo ou se o dispositivo que trata da proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa já possui eficácia plena.

Pretende-se, neste trabalho, estabelecer critérios para a compreensão do que seja dispensa arbitrária ou sem justa causa e o alcance da proteção, dentro do quadro jurídico traçado pela Constituição e pela mora de mais de 25 anos do Congresso Nacional em editar a Lei Complementar.

Importante aspecto a ser considerado é que, devido o conteúdo do art. 7º da Constituição e a discussão no que diz respeito a sua natureza jurídica, será necessário analisarmos o conjunto de normas que compõem os Direitos Fundamentais, o que nos levou, em primeiro lugar, a definir esta categoria de direitos e a sua eficácia no arcabouço de normas constitucionais.

Nessa quadra, necessário se torna perscrutar o conceito de Direitos Fundamentais, sua eficácia, e estabelecer uma distinção entre a atuação dessa gama de direitos perante o Estado e a sua irradiação nas relações privadas.

Somente após este longo percurso será possível analisar a eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais nas relações de trabalho, aspecto imprescindível para compreendermos a aplicação das normas de Direito do Trabalho à luz dos Princípios Constitucionais.

Com efeito, a constitucionalização do direito privado, em nosso caso em particular, o Direito do Trabalho, evidenciou-se a necessidade de interpretação e aplicação de suas normas sob a ótica constitucional.

É importante perceber que os direitos fundamentais sociais foram alinhados no art. 7º da CR e a eficácia de alguns dispositivos ainda resta prejudicada, em face da omissão legislativa, impedindo a proteção do trabalhador e maior segurança na relação jurídica de emprego.

Paralelamente a essas dificuldades, a problemática da eficácia dos direitos fundamentais, em sua vertente horizontal, levanta a grande importância da aplicação

dessa categoria de direitos nas relações de trabalho, conforme recente acórdão do TST no qual ficou assentado que “*O arcabouço jurídico sedimentado em torno da matéria deve ser considerado, outrossim, sob a ótica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como limitação negativa da autonomia privada, sob pena de ter esvaziado seu conteúdo deontológico.*” (BRASIL, 2011 b).

Discutiremos, ainda que perfunctoriamente, a melhor forma de solucionar possíveis colisões de direitos, considerando que, na esfera privada, ambos partícipes da relação jurídica podem possuir um direito fundamental a invocar.

Para a exata compreensão da proposta do presente trabalho, importante soltarmos os grilhões do positivismo, no qual persiste a ideia de completude do ordenamento jurídico.

Importante advertência encontramos em Barroso para quem após a segunda guerra mundial a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e também da lei como uma estrutura meramente formal, já não tinha aceitação.

O estudo do sistema normativo (dogmática jurídica) Não pode insular-se da realidade (sociologia do direito) e das bases de legitimidade que devem inspirá-lo e possibilitar a sua própria crítica (filosofia do direito). (BARROSO, 2002)

Dessa forma, até mesmo para tratar da eficácia dos direitos fundamentais é importante termos em mente que vivemos o período do pós-positivismo, no qual estão inseridas ideais de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras.

A aplicação dos princípios constitucionais – ou mesmo aqueles infraconstitucionais que encontram fundamento na Constituição – serão objeto de estudo no presente trabalho. Iniciaremos pelo caráter normativo dos princípios e a questão particular dos direitos fundamentais que se postam, em algumas situações, como princípios e regras. Adiante, serão detalhados os princípios que entendemos essenciais para o presente trabalho, por guardarem íntima relação com a eficácia do art. 7º, inciso I, da Constituição.

Depois de tratarmos dos princípios da proteção, da vedação do retrocesso social, da dignidade da pessoa humana, da boa fé e da função social dos contratos e, por fim, da máxima eficácia e efetividade das normas fundamentais, poderemos

avançar a discussão para alcançarmos a questão central de nosso trabalho que é a proteção contra a dispensa do trabalhador.

Para tanto, entendemos como questão prévia e necessária, a abordagem das mudanças no mundo do trabalho. As modificações ocorridas no mundo, depois de diversas revoluções nos modelos de produção alteraram substancialmente a relação entre empregador e empregado, inexistindo nos dias atuais a formatação do trabalho como era nos primórdios do surgimento do Direito do Trabalho.

Essas alterações atingiram os empregados na maneira de se trabalhar e trouxeram insegurança. Não se pode perder de vista que a CLT foi concebida em um regime de estabilidade no emprego, em que o empregado poderia impor o cumprimento das cláusulas contratuais sem colocar em risco a própria continuidade da relação de emprego. Esta realidade se alterou e o empregador passou a deter, aos olhos da maioria da doutrina e maciça jurisprudência, o direito potestativo de resilir o contrato. Este poder do empregador passou a ser questionado a partir da Constituição de 1988 com a inserção do art. 7º, inciso I que passou a prescrever, como direito dos trabalhadores, a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa. Partindo da premissa de proteção constitucional a doutrina passou a se debruçar sobre a eficácia de referido dispositivo, principalmente a partir do fenômeno que se sucedeu, como sobredito, da constitucionalização do direito privado e da conseqüente aplicação dos princípios e regras constitucionais na interpretação e aplicação das normas que tratam dos contratos em geral. Já se referiu Barroso que o mais importante a se observar nesse fenômeno da constitucionalização do direito privado não é alçar ao nível constitucional os institutos do direito privado e, sim, a aplicação de seus preceitos à luz da Constituição.

Teremos a oportunidade de exercitar a questão relacionada com a eficácia ao tratarmos das dispensas nas relações de emprego. Teceremos alguns comentários atinentes à natureza jurídica do poder do empregador em resilir o contrato de trabalho e a necessidade de relativização desse poder.

Ante a constatação da função transformadora do direito, como poderemos desenvolver em tópico próprio, iniciaremos a discutir, no plano individual, se o propalado direito potestativo deve subsistir diante dos princípios e regras que regem os contratos de trabalho.

Com isso chegaremos ao tema da proteção da relação de emprego contra as dispensas arbitrárias ou sem justa causa e o problema da eficácia da proteção inserta no art. 7º, inciso I, da Constituição.

Como se sabe, a proteção contra a dispensa imotivada constitui um dos problemas mais importantes do Direito do Trabalho, uma vez que a cessação do contrato de trabalho sem critérios pré-estabelecidos é incoerente com os princípios e regras deste ramo do Direito. A preocupação de estabelecer regras para a despedida do empregado ocupa também os órgãos internacionais, como a OIT, demonstrando a pertinência e a relevância da presente pesquisa.

Com esteio na doutrina e jurisprudência procuraremos meios para suprir a ausência desses critérios para a cessação do contrato. Assim, será imperioso conceituar as dispensas arbitrária e sem justa causa para, em seguida, podermos nos socorrer de outros dispositivos para o emolduramento dessas modalidades de dispensa.

Depois de analisarmos a dispensa individual e os limites do direito de o empregador rescindir os contratos, teremos a oportunidade de avaliar qual o tratamento que se deve dar no caso das dispensas coletivas. O conceito de dispensa coletiva, como poderemos ver, não está restrito ao caráter numérico, ou seja, não se resume à cessação de um grande número de empregados. Definido este fenômeno da dispensa coletiva voltaremos os olhos, novamente, para a norma do art. 7º, inciso I, da Constituição e sua eficácia também nesta modalidade de dispensa.

Aferiremos, sob o prisma da dispensa coletiva e seus efeitos na comunidade, a necessidade de medidas alternativas para a sua prevenção, considerando que as medidas compensatórias devidas aos empregados no momento da cessação do contrato, não atendem o sentido da proteção que contém o artigo 7º, da Constituição.

Entram em cena, dentro desta perspectiva, os órgãos do Poder Público, incumbidos de fiscalizar a aplicação das normas trabalhistas, como o Ministério do Trabalho e as Procuradorias Regionais do Trabalho. Discutiremos também a intervenção dos sindicatos, cuja história recente demonstra a dificuldade dessas entidades em se postar como defensoras dos direitos dos trabalhadores. Indicados como protagonistas nesse processo de dispensa coletiva, os sindicatos terão o seu papel questionado. Quando se legitimam as entidades sindicais como intermediadoras desse processo, corre-se o risco de serem utilizadas como

legitimadoras das dispensas, e não como proponentes de medidas alternativas às dispensas coletivas.

Tratando ainda da eficácia do art. 7º, inciso I, da Constituição, traçaremos comentários, ainda que breves, a respeito da Convenção 158 da OIT e sua vigência em nosso ordenamento jurídico. Utilizada como opção à regulamentação do citado dispositivo constitucional, teve a sua vigência em nosso ordenamento jurídico questionada perante o Supremo Tribunal Federal, sendo objeto de denúncia por parte do Presidente da República, antes mesmo de completar o seu primeiro aniversário.

Finalmente, o trabalho se completa com a análise do controle das dispensas coletivas pelo Poder Judiciário, quando teremos a oportunidade de avaliar a guinada da jurisprudência em relação à proteção dos trabalhadores contra as dispensas coletivas.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.1 Conceito

A dificuldade de conceituação de direitos fundamentais, se deve, em grande medida, às diversas denominações e a sua utilização equívoca. Não se trata de mero problema semântico, mas, também, da forma como se expressa, uma vez que diversas nomenclaturas são utilizadas, como direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais, direitos humanos fundamentais etc.

Sarlet aponta as multiplicidade de denominações em nossa Constituição: a) direitos humanos (art. 4º, inciso II); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II e art. 5º § 1º); direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI) e d) direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inciso IV).

Não há como se chegar a um conceito de Direitos Fundamentais sem antes diferenciá-los de Direitos Humanos. Não há dúvidas de que direitos fundamentais estão ligados à figura da pessoa humana, como o próprio Sarlet enfatiza, mas não se confundem com direitos humanos, por constituírem aqueles a concretização dos desses direitos humanos em determinado ordenamento jurídico.

Podemos considerar, portanto, com base no ensinamento de Sarlet, que direitos humanos se encontram positivados na esfera do Direito Internacional, enquanto os direitos fundamentais em determinado ordenamento jurídico. Aqueles direitos inerentes à pessoa humana que não se encontram positivados são denominados “direitos do homem” e se identificam com os direitos naturais (jusnaturalismo) com “direitos do homem”. Com base nas lições do eminente autor, podemos concluir que direitos humanos têm o caráter de universalidade, pois se encontram positivados no plano internacional, ao passo que Direitos Fundamentais:

Possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito. (SARLET, 2012, p. 32)

Apesar da lucidez do posicionamento do autor, não é ele isento de críticas, como a de Bruno Galindo, para quem:

Direitos do homem e direitos humanos (ou direitos do homem) são sempre todos os direitos inerentes à natureza humana, positivados, ou não, distinguindo-se dos fundamentais, que são os direitos constitucionalmente positivados ou positivados em tratados internacionais, ainda que com uma eficácia e proteção diferenciados. (GALINDO apud SARLET, 2012, p. 48)

No entanto, adotaremos a distinção, aceita por grande parte da doutrina, no sentido acima exposto por Sarlet, mas com alguma variação. Encontramos na doutrina, como regra, a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais apenas quanto à positivação, ou não, dessas categorias de direitos, não fazendo a distinção se se encontram positivados no plano internacional ou de um Estado em particular.

Afirma Amaral, citando Gregorio Robles:

Que a expressão direitos humanos ou direitos do homem, também denominados de forma clássica como direitos naturais, e atualmente concebidos como direitos morais, na realidade não são verdadeiros direitos – protegidos por meio de ações processuais perante um juiz –, mas servem de critérios norteadores à boa convivência dos indivíduos, tendo em vista que ‘os direitos humanos, ou melhor dizendo, determinados direitos humanos, positivam-se, adquirindo a categoria de verdadeiros direitos protegidos processualmente e passam a ser direitos fundamentais, no âmbito de determinado ordenamento jurídico’. (AMARAL, 2008, p. 251)

Na concepção do ilustre jurista, pode-se concluir que os direitos fundamentais são uma espécie de positivação dos direitos humanos (AMARAL, 2008, p. 251).

Definitivo o conceito de Canotilho, também citado por Amaral:

Segundo sua origem e significado poderíamos distingui-los da seguinte maneira: ‘direitos do homem’ são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); ‘direitos fundamentais’ são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. (AMARAL, 2008, p. 251)

Para Sarlet os direitos fundamentais podem variar conforme o ordenamento jurídico, não afastando, entretanto, a necessidade de um conceito dentro da ordem

jurídica brasileira. Para o autor, direitos fundamentais podem ser definidos, levando-se em conta os aspectos formal e material, como:

Todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na Constituição formal. (SARLET, 2012, p. 269).

Vale observar, também, que a própria Constituição admite a existência de outros direitos fundamentais (art. 5º, § 2º, da CF), o que nos leva a considerar, portanto, como materialmente constitucionais, outros direitos expressos, ainda que fora do título próprio.

Qual seria, portanto, o critério para identificar um direito fundamental?

O princípio da dignidade da pessoa humana assume especial relevância como critério material para identificação de direitos fundamentais, visto que, tratando-se de uma exigência da dignidade da pessoa humana não se haverá de questionar a fundamentalidade. (SARLET, 2012, p. 280)

Não se pode olvidar ser difícil estabelecer uma definição precisa de direitos fundamentais. Isto porque, além de constituírem uma opção legislativa (poder constituinte) e extrapolarem o rol estipulado formalmente na constituição, trata-se de segmento de direitos em construção, em face da sua característica de historicidade. Assim, um direito indubitavelmente fundamental nos dias de hoje, não foi considerado com essa natureza anteriormente.

Talvez esta mutabilidade explique as gerações de direitos, conforme teorização de Norberto Bobbio (Era dos Direitos), reforçando que, na evolução das sociedades e do próprio direito, uma geração se evidencia em detrimento da outra anterior, superando-a em vários aspectos, como poderemos verificar nos capítulos seguintes.

Arrisco-me em afirmar, portanto, que direitos fundamentais são aqueles com conteúdo normativo indispensável à concretização do Estado Democrático de Direito, realçando e ampliando o alcance dos direitos dos cidadãos. Nesse contexto, os Direitos Fundamentais Sociais, notadamente aqueles dirigidos aos trabalhadores, alcançam especial relevo.

## 2.2 Aspectos históricos

Não obstante autores façam referência à origem dos direitos fundamentais a tempos imemoriais (LUÑO apud DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 21), o certo é que a maioria entende que a origem dessa gama de direitos coincide com o surgimento do Estado Constitucional. Entretanto, numa fase pré-histórica, podemos considerar “que a antiguidade foi o berço para o reconhecimento dos direitos humanos (aqui compreendidos como direitos inerentes à condição humana) e posteriormente dos direitos fundamentais”. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 252)

Corroborando a alegação supra, para se falar em direitos fundamentais, Dimolius e Martins impõem a presença de três elementos: Estado, Indivíduo e texto normativo. O primeiro como garantidor de sua eficácia, considerando a função dos direitos fundamentais, como limitador da vontade do Estado em face do indivíduo. O segundo, entendido como sujeito de direitos. O terceiro, materializado na Constituição, com força vinculante e supremacia em relação aos demais textos legais.

Sarlet, discorrendo a respeito dos antecedentes históricos dos direitos fundamentais, ensina que:

No âmbito do iluminismo de inspiração jusnaturalista, culminou o processo de elaboração doutrinária do contratualismo e da teoria dos direitos naturais do indivíduo, tendo sido Paine quem na sua obra popularizou a expressão ‘direitos do homem’ no lugar do termo ‘direitos naturais’. É o pensamento kantiano, nas palavras de Norberto Bobbio, contudo, o marco conclusivo desta fase histórica dos direitos humanos. Para Kant, todos os direitos estão abrangidos pelo direito de liberdade, direito natural por excelência, que cabe a todo homem em virtude de sua própria humanidade, encontrando-se limitado apenas pela liberdade coexistente dos demais homens. Conforme ensina Bobbio, Kant, inspirado em Rousseau, definiu a liberdade jurídica do ser humano como a faculdade de obedecer somente às leis às quais deu seu livre consentimento, concepção esta que fez escola no âmbito do pensamento político, filosófico e jurídico. (SARLET, 2012, p. 40)

Segundo o referido autor dois diplomas são considerados essenciais para o surgimento dos direitos fundamentais: a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789. A primeira marcou “*a transição dos direitos de liberdade legais dos ingleses para os direitos fundamentais constitucionais*” e a segunda foi “*fruto da revolução que provocou a derrocada do antigo regime e a instauração da ordem burguesa na França*”. (SARLET, 2012, p. 43)

Afirma, ainda, que *“tanto a declaração francesa quanto as americanas tinham como característica comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento.”* Acrescenta que a contribuição francesa, no entanto, foi decisiva para o processo de constitucionalização dos direitos fundamentais, culminando com a afirmação do Estado de Direito e com a primeira geração dos direitos fundamentais. (SARLET, 2012, p. 44)

### **2.2.1 Direitos Fundamentais de Primeira Geração**

Adota-se aqui a terminologia clássica, embora ciente da crítica ao uso das “gerações de direitos”. Alguns autores utilizam o termo dimensões para exprimir a evolução dos direitos fundamentais, tendo em vista que, segundo esta corrente, a utilização do termo “geração” de direitos, por trazerem a ideia de substituição de uma geração pela outra, não seria adequada.

Não obstante importantes doutrinadores optem pelo termo dimensão, não se pode deixar de registrar o mérito de BOBBIO ao disseminar, ao que parece, essa evolução dos direitos por meio das “gerações de direitos fundamentais”, com a advertência histórica de não ter sido ele o primeiro a utilizar a expressão<sup>1</sup>. Foi com a obra “Era dos Direitos” que BOBBIO pode teorizar a respeito das gerações de Direitos Fundamentais aumentando, inclusive, o seu rol, antes baseado na trilogia da bandeira francesa. (BOBBIO, 1992, p. 6)

De mais a mais, mesmo a expressão “dimensões” não se encontra isenta de críticas, conforme salienta Romita (2012, p. 103), para quem o termo é adequado quando se trata de um determinado direito, que pode assumir diferentes formas e significados. Para ele o correto seria utilizar o termo “família” que poderia ser substituído pelos sinônimos “naípe” ou “grupo”.

Aqui, optamos pela expressão clássica “gerações de direitos fundamentais” por ter a vantagem adicional de nos remeter, de forma nítida, à evolução dos direitos, ou seja, partimos dos direitos de 1ª geração, baseados na liberdade,

---

<sup>1</sup> Segundo BONAVIDES quem cunhou a expressão “gerações de direitos” foi Karel Vasak na aula inaugural de 1979 dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, baseando-se nos princípios da Revolução Francesa: Liberdade, igualdade e fraternidade.

propriedade individual e igualdade formal, para os de 2ª geração, irmanada com a igualdade, expressão dos direitos sociais, de certa forma sobrepondo-se àqueles de 1ª geração. Com isso, não corremos o risco de, ao privilegiarmos as “dimensões” enfraquecermos a evolução necessária das diversas categorias de direitos, em um retorno à valorização daqueles de 1ª geração e que serviram de fundamento para a criação de um modelo de Estado liberal.

Nesse Estado clássico e liberal, os direitos fundamentais se limitavam a direitos de defesa com a função precípua de proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos (liberdade, privacidade, integridade física etc).

São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho ‘negativo’, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, ‘direitos de resistência ou de oposição perante o Estado’. (SARLET, 2012, p. 46-47)

#### Segundo Bonavides:

Entram na categoria do status negativus da classificação de Jellinek e fazem também ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre a Sociedade e o Estado. Sem o reconhecimento dessa separação, não se pode aquilatar o verdadeiro caráter antiestatal dos direitos da liberdade, conforme tem sido professado com tanto desvelo teórico pelas correntes do pensamento liberal de teor clássico. (BONAVIDES, 1997, p. 564)

Nesse contexto liberal-burguês os direitos fundamentais seriam oponíveis apenas em relação ao Estado, não havendo espaço para a vinculação dos particulares.

A relação entre os indivíduos era de ampla liberdade negocial, fator que, no paradigma de Estado Liberal contribuiu para o surgimento de um novo ramo da Ciência do Direito: o Direito do Trabalho. As relações de trabalho nesse período eram pautadas pela intensa exploração, dispensando ao trabalhador o status de “OBJETO” e não um sujeito de direitos.

Os princípios de liberdade, igualdade e fraternidade utilizados como pilares da Revolução Francesa, no modelo de Estado Liberal se limitavam a manter o Estado afastado das relações privadas, garantindo apenas os direitos individuais e, em relação aos trabalhadores, abriu-se espaço para sua exploração desmesurada.

Viana (1996, p. 27), ao analisar os efeitos do livre mercado sobre as relações trabalhistas criticou: “*Daí ter dito alguém, com razão, que as palavras-símbolo da*

*Revolução Francesa - liberdade, igualdade, fraternidade - se surpreendem de estarem juntas [...]*

### **2.2.2 Direitos Fundamentais de Segunda Geração**

A transição do Estado Liberal para o Estado Social, proporcionou aos cidadãos maior gama de direitos e a atuação do Estado de forma positiva como forma de garantir a eficácia dos direitos. Emergiu, portanto, a segunda geração, constituída pelos direitos sociais, culturais e econômicos, ainda com foco no indivíduo mas – com a atuação mais efetiva do Estado. As primeiras Constituições que sofreram esta influência, foram as do México de 1917 e a de Weimar de 1919, em que se encontraram presentes os primeiros Direitos Sociais. Mas foi depois do segundo pós-guerra que os direitos fundamentais de segunda geração dominaram as constituições e foram fundamentais na disseminação das normas que compõem o Direito do Trabalho.

Importante esclarecer, entretanto, que como assinala Sarlet a utilização da expressão “social” não se confunde com direitos coletivos e/ou difusos de terceira geração, pois os direitos sociais se reportam à pessoa individual.

Com o surgimento dos direitos de segunda geração, vieram com eles inúmeros movimentos reivindicatórios:

A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um ‘direito de participar do bem estar social’. Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. (SARLET, 2012, p. 47)

Não obstante esta constatação, os direitos sociais, em sua gênese, encontravam-se com grande carga programática, pois dependiam, em algumas situações, da atuação do legislador, conforme se pode perceber da própria Constituição Brasileira de 1946, restringindo-se a aplicabilidade imediata aos direitos de primeira dimensão.

Assim, diversos direitos concedidos aos trabalhadores naquele período padeciam de efetividade, considerando a dependência do legislador ordinário para

regulamentá-los, alguns sequer foram objeto de regulamentação na vigência daquela Constituição.

### **2.2.3 Direitos Fundamentais de Terceira Geração**

Até aqui tratamos de direitos dirigidos ao indivíduo, seja nas proteções às liberdades individuais (1ª geração), seja no que se refere ao trabalho, saúde, educação, assim chamados de direitos sociais (2ª geração).

Os direitos de terceira geração, desenvolvidos no final do século XX, têm como destinatário o gênero humano, como o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente equilibrado, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação (BONAVIDES).

São, segundo Sarlet os direitos de fraternidade ou de solidariedade e *“trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa”*.

Adverte-se, entretanto, na doutrina, que os direitos de terceira geração, além de exigirem um esforço maior para sua efetivação, não foram contemplados na maioria das Constituições, estando disseminados em inúmeros tratados internacionais.

Em nossa Constituição há previsão da defesa de direitos tipicamente de terceira geração no art. 129, em que legitima o Ministério Público na defesa dos direitos difusos e coletivos. Na legislação infraconstitucional, temos a definição de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Código de Defesa do Consumidor<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe e pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Há quem defenda ainda a existência de uma quarta geração dos direitos fundamentais, isto em razão da globalização dos direitos fundamentais. Bonavides indica como direitos de quarta dimensão o direito à democracia e o direito ao pluralismo.

#### **2.2.4 Direitos Fundamentais Sociais do Trabalho**

Não obstante a mudança topográfica dos direitos trabalhistas na Constituição, passando do capítulo relativo à Ordem Econômica e Social para o de Direitos e Garantias Fundamentais, há quem negue a qualidade de direitos fundamentais aos direitos conferidos aos trabalhadores. (MIRANDA, p. 11. apud SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 278) Como afirmado alhures, os direitos expressos na Constituição, no capítulo inerente aos Direitos Fundamentais, deverão ser assim considerados, uma vez que se encontram no título próprio. De mais a mais, o deslocamento observado evidencia a intenção do legislador constituinte em conceder este status para os direitos sociais, incluindo aqueles dirigidos ao trabalhador.

De outro lado, tomando-se como critério material para identificar os direitos fundamentais o princípio da dignidade da pessoa humana, não há como subsistir qualquer dúvida a respeito da qualidade dos direitos dos trabalhadores insertos no art. 7º da Constituição, dada a relevância dos bens jurídicos tutelados.

Conforme lição de Sarlet:

Aliás, a própria orientação adotada pelo STF em matéria de direitos sociais tem sido sensível neste particular ao reconhecimento de que os direitos sociais são direitos fundamentais, o que também demonstra a relevância da atuação do Poder Judiciário nesta matéria, já que a negação da fundamentalidade na esfera jurisprudencial acabaria por esvaziar o texto constitucional, a despeito da expressa previsão de que os direitos sociais – como, aliás, todos os direitos previstos no Título II – são direitos fundamentais. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 279)

Outra controvérsia diz respeito à possibilidade de serem alcançados pela proteção do art. 60, § 4º da Constituição, elevando-os à categoria de cláusulas pétreas. Isto porque o dispositivo refere-se aos direitos e garantias individuais, o que, segundo parcela da doutrina, não abrangeria os direitos trabalhistas enumerados no art. 7º da Constituição.

Se nos valermos da literalidade interpretativa, a única conclusão possível seria a de que os direitos sociais, incluídos aqueles atinentes aos trabalhadores, não estariam sob a proteção extrema contida no art. 60, § 4º, da Constituição, uma vez que se dirige a “direitos e garantias individuais”.

No entanto, adotando-se uma postura interpretativa consentânea com o modelo constitucional brasileiro, importante alcançar a máxima efetividade da norma constitucional, interpretando o dispositivo acima citado como abrangente de todos os direitos fundamentais, não somente os de primeira geração (individuais), como também os de segunda geração (sociais), mesmo porque todos estão fundados no princípio da dignidade da pessoa humana.

Vale transcrever a posição de Sussekind no mesmo sentido aqui defendido:

Na verdade, ao impedir que as emendas à Carta Magna possam abolir os ‘direitos e garantias individuais’ (art. 60, § 4o, IV), é evidente que essa proibição alcança os direitos relacionados no art. 7º, assim como a liberdade sindical do trabalhador e do empresário de organizar sindicatos de conformidade com as demais disposições do art. 8º, e de neles ingressarem e desfilarem-se. Os incisos deste último artigo, que dispõem sobre a estrutura orgânica, a representatividade e o custeio das associações sindicais, não constituem, porém, ‘direitos e garantias individuais’, destituídos, assim, da natureza de cláusulas pétreas. Cumpre ponderar, neste caso, que, se os direitos e garantias individuais de índole social-trabalhista, afirmados na Lex Fundamentales, não podem ser abolidos por emenda constitucional, certo é que não será defeso ao Congresso Nacional alterar a redação das respectivas normas, desde que não modifique a sua essência de forma a tornar inviável o exercício dos direitos subjetivos ou a preservação das garantias constitucionais estatuídos no dispositivo emendado. (SUSSEKIND, 2001, p. 15-18)

Diante do exposto, outra interpretação não se admite senão a que insere os direitos sociais, notadamente o rol estatuído no art. 7º da Constituição, como direitos fundamentais e protegidos contra a possibilidade de supressão, nos exatos termos do art. 60, inciso IV, da Constituição.

## **2.3 Eficácia dos Direitos Fundamentais**

### **2.3.1 Conceito de eficácia**

Antes de tratarmos especificamente da questão atinente à irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações jurídicas, importante destacar o conceito de eficácia exposto por Sarlet:

Possibilidade da norma (no caso, da norma definidora de direitos e garantias fundamentais) gerar os efeitos jurídicos que lhe são inerentes. Assim, a eficácia (que aqui não se confunde com a dimensão processual, mais propriamente ligada ao problema da efetividade, ou mesmo da eficácia social, como ensina José Afonso da Silva) pressupõe a vinculação jurídica dos destinatários, já que toda e qualquer norma vigente, válida e eficaz (conceitos distintos, embora inter-relacionados) implica um certo grau de vinculatividade embora se possa discutir quem e como está vinculado. (SARLET, 2012, p. 238)<sup>3</sup>

Sarlet, portanto, define eficácia como a potencialidade de a norma produzir efeitos, restando especificar quem são os reais destinatários desta categoria de normas e em que grau se dá esta vinculação. Alguns autores advogam a vinculação de entes públicos e privados, indistintamente, sempre que se trate de normas de direito fundamental.

Almeida, ao tratar da constitucionalização dos direitos privado, corrobora o exposto acima, acrescentando a vinculação direta e imediata de entidades públicas e privadas, como consequência própria da natureza de direitos fundamentais, *verbis*:

É preciso distinguir o fenômeno da constitucionalização dos direitos sociais – interpretado como princípio do positivismo jurídico –, do fenômeno da constitucionalização dos direitos humanos como direitos fundamentais, cuja eficácia é assegurada, já no contexto do pós-positivismo jurídico, pela força normativa das constituições e pelos princípios normativos, com aplicação direta e vinculante às entidades públicas e privadas. (ALMEIDA, 2012, p. 647-650)

Não obstante, se persiste alguma dúvida em torno da vinculação dos entes públicos e privados se deve à Constituição Brasileira de 1988 que, ao contrário de outros ordenamentos jurídicos, não traz expressamente esta previsão. O art. 5º, § 1º, da CR enuncia a eficácia imediata em relação a esta categoria de direitos, norma que tem servido de fundamento para estabelecer a eficácia dos direitos fundamentais.

Nessa quadra de ideias, no que se refere aos direitos fundamentais, segmento de normas que nos interessam, o conceito de eficácia no contexto da

---

<sup>3</sup> “A noção de efetividade, ou seja, desta específica eficácia, corresponde ao que Kelsen – distinguindo-a do conceito de vigência da norma – retratou como sendo ‘o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos. (BARROSO, 1996, p. 82)

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

vinculação dos entes públicos e privados é decorrente da importância desses direitos em nosso ordenamento jurídico.

Segundo Alexy:

Com a tese das fundamentalidades formal e substancial afirma-se que as normas de direitos fundamentais desempenham um papel central no sistema jurídico. Mas nada ainda se diz sobre como elas o fazem e o que isso significa para a estrutura do sistema jurídico. (ALEXY, 2012, p. 522-523)<sup>4</sup>

De par com o que se expôs acima, a essencialidade dos direitos fundamentais nos leva ao necessário estudo de sua eficácia no âmbito das relações entre o indivíduo e o Estado (eficácia vertical) e entre os particulares (eficácia horizontal).

Antes, porém, não podemos deixar de distinguir a “eficácia” de outros termos, como “vigência” e “efetividade”, diante da interligação desses fenômenos.

### **2.3.2 Eficácia, vigência e efetividade**

Como delimitado no tópico anterior, eficácia pode ser conceituada como a possibilidade de a norma gerar os efeitos jurídicos próprios, não se confundindo, todavia, com vigência e efetividade, os quais possuem conceitos inter-relacionados, mas distintos. (SARLET, 2007, p. 244)

Malgrado inexista consenso a respeito, adota-se aqui a posição de Sarlet, para quem se pode identificar a existência da norma à sua vigência. Portanto, vigência diferencia-se de eficácia por se situar em plano distinto, pois uma lei pode ter entrado em vigor e não ser válida.

Quando tratamos de eficácia, não podemos deixar de fazer referência à classificação de Silva, para quem existem três categorias de normas constitucionais: as normas de eficácia plena, entendidas como aquelas que desde a promulgação da Constituição produzem ou têm o poder de produzir todos os seus efeitos; as normas de eficácia contida, que, igualmente, têm o poder de produzir todos os seus efeitos, mas são passíveis de restrição; e as normas de eficácia limitada, que não produzem

---

<sup>4</sup> Para o autor, fundamentalidade formal consistiria no fato de as normas de direito fundamental “estabelecerem os conteúdos constitucionalmente necessários e impossíveis para o sistema jurídico”, já fundamentalidade material consiste em que sejam tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade.

todos os seus efeitos jurídicos, ficando, em parte, na dependência da atuação do legislador ordinário. (SILVA, 1998, p. 104)

Críticas existem à classificação acima exposta (BARROSO, 2006, p.115-116)<sup>5</sup>, como se pode perceber, a questão da eficácia situa-se no plano jurídico, isto é, na capacidade de produção de efeitos, mas a sua concretização no âmbito social somente se dará com o cumprimento por parte de seus destinatários finais, pois:

Uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar certos efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social. (SILVA, 1998, p. 66)

Levando em conta apenas a eficácia jurídica na perspectiva da capacidade de produção de efeitos, abrimos espaço para a concepção de normas vazias, sem legitimação social. Não podemos, portanto, descurar-nos da efetividade das normas no seio da sociedade, sob pena de restringirmos a sua própria abrangência, mesmo em se tratando de direitos fundamentais.

Barroso enfatiza que:

A noção de efetividade, ou seja, desta específica eficácia, corresponde ao que Kelsen – distinguindo-a do conceito de vigência da norma – retratou como sendo “o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos.”

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. (BARROSO, 2006, p. 82)

No que se refere à efetividade das normas constitucionais Barroso afirma a necessidade da presença de alguns pressupostos, como a sensatez do legislador ao não normatizar o impossível e com boa técnica legislativa, além de ter, o Poder Público, a vontade de concretizar os comandos constitucionais. Além desses pressupostos “*é indispensável o consciente exercício de cidadania, mediante a*

---

<sup>5</sup> Por todos Barroso, sem afastar a importância das classificações anteriores, propõe uma nova: Normas constitucionais de organização; Normas constitucionais definidoras de direitos e normas constitucionais programáticas. Segundo o autor nenhuma das categorias carece de eficácia jurídica. Particularmente, em relação às normas programáticas “a elas é reconhecido um valor jurídico idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, como cláusulas vinculativas, contribuindo para o sistema através dos princípios, dos fins e valores que incorporam”.

*exigência, por via de articulação política e de medidas judiciais, da realização dos valores objetivos e dos direitos subjetivos constitucionais.”* (BARROSO, 2009, p. 221)

Acrescenta:

Em uma proposição, a doutrina da efetividade pode ser assim resumida: todas as normas constitucionais são normas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos. Nas hipóteses em que tenham criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são elas, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição. (BARROSO, 2009, p. 222)

A efetividade da tutela jurisdicional está ligada à sua correspondente atuação nos direitos fundamentais sociais, os quais, em algumas situações, carecem dessa qualidade em virtude da omissão legislativa. Por essa razão, em linha com o ensinamento acima, há de se ampliar o estudo também à efetividade das normas, porquanto não se pode separar a sua potencial aplicação da sua efetiva observância.

A par disso tudo, imperioso afirmar que a efetividade dos direitos sociais fundamentais, principalmente quando há omissão legislativa e, também, nas frequentes violações, se dá pela atuação do Poder Judiciário, esfera importante na irradiação dos efeitos dessa categoria de direitos.

O Judiciário, que passou de coadjuvante a protagonista na garantia da efetividade das normas constitucionais, tem suprido a omissão do legislativo, quando provocado por meio de mandados de injunção<sup>6</sup>, Ações Diretas de

---

<sup>6</sup> Como exemplo podemos citar os diversos mandados de injunção impetrados quanto a falta de regulamentação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, direito previsto no art. 7º, XXI, da Constituição. A impetração acabou por precipitar a regulamentação do citado dispositivo por parte do Congresso Nacional (Lei 12506/2011). A título de análise vale a transcrição de trecho da notícia veiculada no *site* do STF em 22 de junho de 2011: “O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) suspendeu, nesta quarta-feira, o julgamento de quatro Mandados de Injunção (MI) cujos autores reclamam o direito assegurado pelo artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal (CF), de ‘aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei’. Os mandados foram impetrados diante da omissão do Congresso Nacional que, após a promulgação da CF de 1988, ainda não regulamentou o dispositivo.

O julgamento foi suspenso depois que o relator, ministro Gilmar Mendes, se pronunciou pela procedência das ações. Por sugestão do próprio relator, entretanto, o Plenário decidiu pela suspensão do julgamento para que se possa examinar a explicitação do direito pleiteado, nos casos concretos em exame. Dentre o manancial a ser pesquisado, há experiências de outros países, recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e, também, projetos em tramitação no Congresso Nacional, propondo a regulamentação do dispositivo constitucional.

Inconstitucionalidade (BONAVIDES, 2004, p. 133)<sup>7</sup> ou mesmo em sede de recurso extraordinário<sup>8</sup>.

Em suma, podemos relacionar o termo vigência à própria existência da norma, ou seja, quando cumpridos os requisitos de promulgação e publicação. A eficácia da norma, por sua vez, se situa no plano da validade, adquirindo esta qualidade aquela que possui capacidade de produzir efeitos. Efetividade, por sua vez, seria uma das dimensões da eficácia e consistiria na sua realização social.

Para fins desse estudo e com base na doutrina acima, podemos considerar a eficácia sob dois prismas: o da capacidade de produzir efeitos (potencialidade), e da efetividade, ou seja, a aplicação da norma no seio da sociedade.

### **2.3.3 Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais**

Quando tratamos dos destinatários da norma, ou seja, quem estará vinculado ao seu comando, a doutrina faz referência, em primeiro lugar, à denominada eficácia vertical dos direitos fundamentais, ou seja, sempre que estiver em questão a vinculação das entidades estatais (públicas) a esta categoria de direitos.

---

<sup>7</sup> Apesar disso, em algumas situações, a atuação do STF no controle concentrado de constitucionalidade, é alvo de críticas, como a tecida por Paulo Bonavides. Segundo o autor “O controle de constitucionalidade exercido no interesse dos poderes públicos e do Executivo é de todo admissível e legítimo, mas desde que contido nas raias da Constituição, cujos limites não lhe é lícito ultrapassar; em se tratando porém de controle feito para salvaguarda dos direitos fundamentais, a legitimidade é reforçada com apoio nos princípios, que são o espírito, a razão, a consciência da Constituição, o alfa e ômega de toda lei fundamental, o sentimento profundo de cidadania, que a faz intangível e inquebrantável. (...) A perda ou a desativação do controle difuso de constitucionalidade de leis e atos normativos, para a qual parece caminhar a jurisdição constitucional no Brasil, significará uma grave queda ou erosão da legitimidade do sistema fiscalizador, visto que, quanto mais se concentra o controle na cúpula do Judiciário, como está acontecendo, menos democrática, aberta, independente, judicial, ligada à cidadania será a jurisdição: por isso mesmo, mais vulnerável e sujeita às pressões e interferências políticas do Poder Executivo.”

<sup>8</sup> Como no seguinte julgamento: "O art. 19-A da Lei 8.036/1990, acrescido pelo art. 9º da MP 2.164-41/2001, que assegura direito ao FGTS à pessoa que tenha sido contratada sem concurso público não afronta a Constituição. Essa a orientação do Plenário que, em conclusão de julgamento, desproveu recurso extraordinário no qual se discutia a constitucionalidade, ou não, do dispositivo – v. Informativo 609. Salientou-se tratar-se, na espécie, de efeitos residuais de fato jurídico que existira, não obstante reconhecida sua nulidade com fundamento no próprio § 2º do art. 37 da CF. Mencionou-se que o Tribunal tem levado em consideração essa necessidade de se garantir a fatos nulos, mas existentes juridicamente, os seus efeitos. Consignou-se a impossibilidade de se aplicar, no caso, a teoria civilista das nulidades de modo a retroagir todos os efeitos desconstitutivos dessa relação. Ressaltou-se, ainda, que a manutenção desse preceito legal como norma compatível com a Constituição consistiria, inclusive, em desestímulo aos Estados que quisessem burlar concurso público. Aludiu-se ao fato de que, se houvesse irregularidade na contratação de servidor sem concurso público, o responsável, comprovado dolo ou culpa, responderia regressivamente nos termos do art. 37 da CF. Portanto, inexistiria prejuízo para os cofres públicos." (RE 596.478, Rel. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, julgamento em 13-6-2012, Plenário, Informativo 670, com repercussão geral.)

Para Leite:

Entende-se por eficácia vertical dos direitos fundamentais a limitação imposta pelo ordenamento jurídico à atuação dos governantes em relação aos governados, na medida em que se reconhece que entre eles há uma relação vertical de poder, ou seja, de um lado o Estado (mais forte) e de outro lado o indivíduo (mais fraco). (LEITE, 2011, p. 34)

Malgrado omissa a Constituição quanto a este aspecto, não há como afastar a vinculação do Poder Público aos Direitos Fundamentais, considerando o disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição. A vinculação é geral, incluindo os poderes executivo, legislativo e Judiciário. No que se refere ao legislativo, a vinculação se apresenta no momento de produzir leis que atentem para a concretização dos direitos fundamentais e também para impedir que sejam editadas normas contrárias a esta categoria de direitos. Mesmo as normas não dotadas de eficácia plena, a doutrina considera a vinculação do legislador, *verbis*:

Mesmo em se tratando de norma de eficácia inequivocamente limitada, o legislador, além de obrigado a atuar no sentido da concretização do direito fundamental, encontra-se proibido (e nesta medida também está vinculado) de editar normas que atentem contra o sentido e a finalidade da norma de direito fundamental. (SARLET, 2007, p. 382)

Com relação ao Poder Judiciário, a exemplo dos demais poderes, encontra-se também vinculado aos direitos fundamentais e passa a assumir papel relevante em sua concretização na atual ordem constitucional, sendo evidente o:

Protagonismo do poder judiciário como um todo na consecução da eficácia dos direitos fundamentais, e, em especial do poder judiciário trabalhista na consecução dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, sobretudo em razão da inércia crônica e estrutural do poder legislativo na regulamentação infraconstitucional dos direitos fundamentais, em especial no que concerne à busca de sua eficácia horizontal. (ALMEIDA, 2012, p. 647-650)

Assim, o Poder Judiciário tem o dever de não aplicar atos contrários às normas constitucionais, além de serem obrigados a imprimir a maior eficácia às normas de direitos fundamentais, de acordo com o art. 5º, § 1º, da Constituição. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 323)

### **2.3.4 Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**

Já conceituamos a eficácia e abordamos a vinculação do Poder Público aos direitos fundamentais, levando-se em consideração sua posição de superioridade na relação com os cidadãos “mais fracos”. Daí a denominação de “eficácia vertical”, como vimos no tópico anterior.

Antes, portanto, de analisarmos a vinculação dos entes privados aos direitos fundamentais fica a controvérsia em torno da nomenclatura “eficácia horizontal”.

Sarlet a critica, pois:

Em se tratando de uma relação entre um particular e um detentor de poder social, isto é, uma relação caracterizada pela desigualdade, estar-se-ia em face de uma configuração similar que se estabelece entre os particulares e o Estado e, portanto, de natureza vertical, já que a existência de uma relação horizontal pressupõe tendencial igualdade.

Existem outras denominações que também não são isentas de críticas, como “eficácia privada”, em relação a terceiros, entre particulares. Sarlet prefere a utilização de expressões como “*eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*” ou “*vinculação dos particulares - ou entidades privadas - aos direitos fundamentais*”, diante da imprecisão das demais denominações.

Não obstante a substancial crítica, preferimos utilizar a expressão “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, que já se encontra, de certa forma, consolidada na doutrina e jurisprudência.

Ultrapassada a controvérsia, a vinculação de entes privados aos direitos fundamentais constitui corolário da própria evolução do Estado de Direito e também dos direitos fundamentais em suas diversas gerações já explicitadas acima.

Duas teorias procuram analisar a amplitude da vinculação dos particulares:

a) Teoria da eficácia imediata: os direitos fundamentais constituem normas expressando valores aplicáveis para toda a ordem jurídica. Não necessitam de qualquer transformação para serem aplicados no âmbito das relações privadas.

b) Teoria da eficácia mediata: reconhecimento da eficácia direta nas relações privadas levaria à estatização do direito privado e a um esvaziamento da autonomia privada. A chamada eficácia irradiante seria realizada na ausência de normas jurídico-privadas, de forma indireta, por meio da interpretação e integração das “cláusulas gerais” e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos

fundamentais. Caberia ao legislador a tarefa de realizar a aplicação as normas de direito fundamental, pois é o destinatário precípua dessas normas. (SARLET, 2007, p. 385-392)

Apesar das críticas em relação à vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, defende SARLET que mesmo que o legislador (órgão estatal) possua a atribuição de concretização dos direitos fundamentais nas relações privadas, tal aspecto não se confunde com vinculação direta dos particulares.

Outra também não é a posição do Supremo Tribunal Federal, no que se refere à vinculação direta dos particulares aos Direitos Fundamentais:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO.

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados [...] (BRASIL, 2006)

Como já citado anteriormente, a Constituição estabelece que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CR), dispositivo que serve de fundamento para vinculação dos sujeitos particulares aos direitos fundamentais, apesar de haver dúvidas quanto à amplitude e o modo desta vinculação.

A teoria acima exposta quanto a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais se desenvolveu por meio de decisões paradigmáticas do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha como no exemplo citado por Sarlet (Caso “Lüth”) e que pode ser assim resumido:

O diretor do clube de imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, sustentou boicote público ao filme “Amada Imortal”, cujo diretor, Veith Harlan, havia produzido com conteúdo anti-semita durante o nazismo. O diretor conseguiu decisão proibindo Lüth de promover o boicote ao filme. Lüth ingressou com reclamação constitucional argumentando que a decisão feriria sua liberdade de expressão. A decisão do Tribunal Constitucional foi no sentido de resguardar o direito à livre manifestação de

opinião e que o tribunal desconsiderou o direito fundamental de Luth também nas relações jurídico-privadas.

Ressaltou o Tribunal naquela oportunidade:

Um litígio entre particulares envolvendo direitos e deveres decorrentes de normas jurídico-privadas, mesmo influenciadas pelos direitos fundamentais, segue sendo um conflito jurídico-civil, impondo-se ao juiz a tarefa de examinar se os dispositivos legais (privados) a serem aplicados encontram-se materialmente influenciados pelos direitos fundamentais na forma já referida, devendo considerar tais modificações na sua decisão, de tal sorte que também o juiz civil está vinculado aos direitos fundamentais, decisão esta passível de reclamação constitucional diretamente endereçada ao Tribunal Constitucional, que, no entanto, pena de converter-se em uma superinstância de revisão, limita-se a examinar se a decisão impugnada considerou o efeito irradiante dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado, já que todos os atos dos poderes estatais devem ser apreciados segundo a medida dos direitos fundamentais.

Estes fundamentos acabaram prevalecendo nas decisões seguintes, embora tenha permanecido a seguinte questão:

Quando e de que modo poderá um indivíduo opor direito fundamental do qual é titular relativamente a outro particular, que, neste caso, exerce o papel de destinatário (obrigado), mas que, por sua vez, também é titular de direitos fundamentais? (SARLET, 2000, p. 112)

Como já referido anteriormente, não obstante a teoria segundo a qual os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações entre particulares tenha sido concebida a partir de uma comunicação entre doutrina e jurisprudência na Alemanha, talvez pelas constantes violações a este seguimento de direitos no período do nazismo, esta particularidade não impediu que fosse recepcionada por ordenamento jurídicos estrangeiros. A teoria, tal qual fora desenvolvida em países como a Espanha, Portugal e Itália, também segundo SARLET, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais foi “*acabou sofrendo críticas das mais diversas, a começar pelo seu conteúdo vago, mas, de modo especial, pelas consequências que foram extraídas desta concepção.*” (SARLET, 2006, p. 127)

Como se vê, mesmo nos países onde a teoria da eficácia horizontal encontrou terreno fértil, permaneceram controvérsias em torno da forma e intensidade da vinculação dos particulares. O que dizer do Brasil, em que a Constituição não prevê, expressamente, nem mesmo a vinculação do Poder Público aos direitos

fundamentais, referindo-se apenas a aplicabilidade imediata de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º, da Constituição).

Voltando à questão colocada anteriormente no exemplo citado por Sarlet, diante da oponibilidade de direitos fundamentais por ambos os partícipes da relação jurídico-processual, a existência de conflito entre particulares que detêm direitos fundamentais é patente. Em casos como o citado, a solução do conflito deve-se dar pela ponderação, ou seja, deve-se verificar no caso em análise qual princípio deve prevalecer.

Importante o escólio de Alexy:

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência sobre o outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária. (ALEXY, 2012, p. 100)

Portanto, a aplicação de determinado direito fundamental ao caso concreto não tem o condão de revogar aquele que foi desprezado, considerando que, o critério utilizado em dada situação pode se alterar em outra. É por isso, segundo Alexy, que a solução deve passar pelo critério da ponderação.

### ***2.3.5 Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho***

Já estabelecidos os parâmetros para vinculação dos particulares aos direitos fundamentais à chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, resta-nos a análise desta eficácia nas relações de trabalho.

Importante registrar de início que, se temos ainda controvérsias em torno da amplitude da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas relações jurídicas em geral o que pensar nas relações de trabalho?

Parte da doutrina não vê com bons olhos a eficácia horizontal nas relações de trabalho. Rebatendo a possibilidade de aplicação direta das normas, afirma Klaus Stern, citado por Sarlet, que a defesa da eficácia direta, especialmente nas relações trabalhistas não se revela correta, pois caberia ao legislador este papel, instituindo instrumentos de controle, como a determinação de contratação em algumas

situações e a limitação da atuação em alguns setores, garantido, p. ex., a livre concorrência.

Malgrado a crítica, defende a doutrina, com repercussão na jurisprudência dos Tribunais Superiores, a eficácia horizontal nas relações de trabalho, conforme se extrai da lição de Leite:

Importa referir que no campo das relações de trabalho subordinado, nomeadamente nas relações empregatícias amplo espaço para a adoção da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tanto no plano individual quanto no plano metaindividual.

À guisa de exemplo, podemos citar o direito dos empregados à indenização por danos morais e materiais decorrentes de assédio moral ou sexual (CF, arts. 1º e 5º, X). Neste caso, a lesão a um direito fundamental (e da personalidade) foi perpetrado pelo empregador, cabendo a este, e não ao Estado, o dever de reparar os danos morais e materiais sofridos pelo trabalhador. (LEITE, 2011, p. 39)

O eminente autor faz referência a determinada situação concreta na qual o empregado é vítima de assalto no ônibus fornecido pelo empregador aos seus empregados. Como responsabilizar o empregador?

Neste caso, há colisão de direitos fundamentais do empregador e do empregado, já que ordenamento jurídico reconhece o direito à segurança de todas as pessoas, físicas ou jurídicas (CF, art. 5º, caput), sendo que, nesta hipótese, verifica-se, de um lado, o direito do empregador à segurança do seu patrimônio (propriedade) oponível ao Estado; de outro lado, o direito do empregado à sua segurança pessoal, também oponível ao Estado. Se, porém, o empregado ajuizar ação em face do empregador e postular reparação por danos morais e materiais decorrentes do assalto sofrido dentro do ônibus da empresa? Parece-nos que o magistrado, neste caso, deverá analisar o caso concreto e, com base nos princípios da razoabilidade ou proporcionalidade, escolher entre dois bens juridicamente protegidos o de maior valor: a incolumidade física e psíquica do cidadão trabalhador ou o patrimônio do empregador? A nosso ver, no caso em tela, o primeiro, por estar vinculado mais fortemente ao princípio da dignidade da pessoa humana, deve prevalecer sobre o segundo, que está vinculado ao direito de propriedade, sendo que este ainda encontra relativização, pois a propriedade deve ter um fim social. (LEITE, 2011, p. 40)

Ainda segundo Leite, a jurisprudência não recepcionou integralmente a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo de fácil verificação que, em casos como o acima narrado, a tendência dos tribunais é de isentar o empregador da responsabilidade quanto a eventuais pretensões de indenizações relativas a danos morais ou patrimoniais.

No entanto, como referido na introdução deste trabalho, acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, abordando a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais determinou a reintegração de empregado portador de esquizofrenia:

RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. DISPENSA ARBITRÁRIA. TRABALHADOR PORTADOR DE ESQUIZOFRENIA. 1. O sistema jurídico pátrio consagra a despedida sem justa causa como direito potestativo do empregador, o qual, todavia, não é absoluto, encontrando limites, dentre outros, no princípio da não discriminação, com assento constitucional. A motivação discriminatória na voluntas que precede a dispensa implica a ilicitude desta, pelo abuso que traduz, a viciar o ato, eivando-o de nulidade. 2. A proteção do empregado contra discriminação, independente de qual seja sua causa, emana dos pilares insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil, notadamente os arts. 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, caput e XLI, e 7º, XXX. 3. Acerca da dignidade da pessoa humana, destaca Ingo Wolfgang Sarlet, em sua obra -Eficácia dos Direitos Fundamentais- (São Paulo: Ed. Livraria do Advogado, 2001, pp. 110-1), que constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual são intoleráveis a escravidão, a discriminação racial, perseguição em virtude de motivos religiosos, etc. (...). O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. 4. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho sofre limites, igualmente, pelo princípio da proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária, erigido no art. 7º, I, da Constituição - embora ainda não regulamentado, mas dotado de eficácia normativa, e pelo princípio da função social da propriedade, conforme art. 170, III, da Lei Maior. 5. Na espécie, é de se sopesar, igualmente, o art. 196 da Carta Magna, que consagra a saúde como direito de todos e dever do Estado, impondo a adoção de políticas sociais que visem à redução de agravos ao doente. 6. Nesse quadro, e à luz do art. 8º, caput, da CLT, justifica-se hermenêutica ampliativa da Lei 9.029/95, cujo conteúdo pretende concretizar o preceito constitucional da não-discriminação no tocante ao estabelecimento e continuidade do pacto laboral. O art. 1º do diploma legal proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção. Não obstante enumerar certas modalidades de práticas discriminatórias, em razão de sexo, origem, raça, cor, estado-civil, situação familiar ou idade, o rol não pode ser considerado *numerus clausus*, cabendo a integração pelo intérprete, ao se defrontar com a emergência de novas formas de discriminação [...]. (BRASIL, 2011b)

Quando se trata de direitos fundamentais sociais relacionados ao trabalhador, o elenco do art. 7º, da Constituição não possuem, em sua maioria, questionamentos quanto à sua eficácia imediata e vinculante dos entes privados, uma vez que são direcionados, principalmente, à esta espécie de relações. Nessas hipóteses não há o que questionar a respeito da eficácia horizontal desse segmento de direitos.

No que respeita às relações empregatícias e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, reduzimos a problemática aos direitos fundamentais sociais não enumerados no art. 7º da Constituição e aqueles relacionados com o elenco das 1ª e 3ª gerações.

Nessa ordem de ideias, não há dúvida, portanto quanto à vinculação imediata e direta dos partícipes da relação de emprego, à norma inserta no art. 7º, inciso I, da Constituição que protege o empregado contra a dispensa arbitrária e sem justa causa.

Tal aspecto foi considerado na decisão acima transcrita, não havendo dúvida quanto ao fato de a norma protetiva ser dotada de eficácia plena, o que teremos oportunidade de desenvolver mais a frente.

### 3 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO DO TRABALHO

#### 3.1 Caráter normativo e principiológico dos direitos fundamentais

Já se encontra consagrado na doutrina que as normas são compostas por princípios e regras (BONAVIDES, 2004, p. 255-295)<sup>9</sup>, diferenciando-se entre si levando-se em conta alguns critérios:

a) o conteúdo; b) a estrutura normativa; e c) o modo de aplicação. O primeiro deles é de natureza material e os outros dois são formais. Essas diferentes categorias não são complementares, nem tampouco são excludentes: elas levam em conta a realidade da utilização do termo “princípio” no Direito de maneira geral. (BARROSO, 2009, p. 205)

Passando pelo conteúdo, expressado pelas normas fundantes e de maior grau de abstração, além da própria estrutura normativa dos princípios, a qual é representada pelo seu sentido teleológico, Barroso aponta o modo de aplicação como a principal distinção entre princípios e regras.

Para o autor, na aplicação das regras ocorrendo o fato, deverá incidir a norma, produzindo o efeito previsto:

Não há maior margem para elaboração teórica ou valoração por parte do intérprete, ao qual caberá aplicar a regra mediante subsunção: enquadra-se o fato na norma e deduz-se uma conclusão objetiva. Por isso se diz que as regras são mandados ou comandos definitivos: uma regra somente deixará de ser aplicada se outra regra a excepcionar ou se for inválida. Como consequência, os direitos nela fundados também serão definitivos. (BARROSO, 2009, p. 207)

Princípios indicam uma direção, um valor, um fim. São mandados de otimização (ALEXY, 2012, p. 90)<sup>10</sup>,

---

<sup>9</sup> Ultrapassada a visão positivista de ausência de normatividade dos princípios, consagrou-se na doutrina, capitaneada por Boulanger, Alexy e Dworkin, o conteúdo normativo dos princípios, desencadeando as teorias para a distinção no que tange as regras jurídicas.

<sup>10</sup> Cf. Alexy: Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese. Daí decorre que os direitos neles fundados são direitos *prima facie* – isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível. (BARROSO, 2009, p. 208)

Nesse contexto, as normas definidoras de Direitos Fundamentais podem ser classificadas como regras ou princípios ou, ainda, segundo a teoria de Alexy, com duplo caráter.

As normas de direitos fundamentais sociais, particularmente aquelas dirigidas às relações de trabalho podem, muitas vezes, ter o caráter exclusivo de regras, como aquelas enumeradas no art. 7º que exprimem obrigações para o empregador. Outras podem constituir verdadeiros princípios, como o **caput** do art. 7º que garante aos trabalhadores um rol de direitos e abre a possibilidade de inclusão de outros tantos, por meio da previsão de considerar-se aqueles que visem a melhoria da condição social. Há de se registrar, ainda, a possibilidade de um caráter dúplice quando se estabelece, por exemplo, o direito de greve e, ato contínuo, restringe-se este direito quanto aos serviços essenciais (art. 9º e § 1º da Constituição).

Na visão de Alexy:

Compreender as normas de direitos fundamentais apenas como regras ou apenas como princípios não é suficiente. Um modelo adequado é obtido somente quando às disposições de direitos fundamentais são atribuídos tanto regras como princípios. Ambos são reunidos em uma norma constitucional. (ALEXY, 2012, p. 144)

Nessa quadra, importante analisarmos algumas normas de direitos fundamentais afetas às relações de trabalho, notadamente aquelas com caráter de princípios. Ater-nos-emos a analisar os princípios que, em nossa visão são importantes para o objetivo desse trabalho, qual seja, a eficácia plena da proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa.

### **3.2 Valor Social do Trabalho (Proteção ao Trabalhador)**

Não há como abordar a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa – seja ela individual ou coletiva – sem, primeiro, perscrutar o princípio da proteção, norteador do Direito do Trabalho e, em última análise, consequência do preceito basilar de valor social do trabalho, inserto na Constituição de 1988.

Abordagem comum nos manuais de Direito do Trabalho é no sentido de colocar a proteção do trabalhador como princípio essencial desse ramo do Direito, tendo como destinatário, tão-somente, o trabalhador. Resta-nos aqui a tentativa de expressar esse importante princípio, não apenas sob o prisma da proteção do empregado, como indivíduo, mas também de toda a sociedade, a qual, invariavelmente, acaba arcando com o ônus do descumprimento das normas protetivas do trabalhador.

O princípio da proteção, como já retratado por inúmeros autores, confunde-se com o próprio surgimento do Direito do Trabalho, pois, foi a partir da opressão dos capitalistas sobre os trabalhadores que se desenvolveu, paradoxalmente, este ramo da Ciência do Direito.

A realidade do trabalho subordinado, desenvolvido em uma relação jurídica de emprego, entretanto, modificou-se. No Brasil, o nível de emprego vem apresentando índices de crescimento robustos, levando a algumas regiões o reconhecimento de pleno emprego (RAIS, 2011), isto considerando, principalmente, a criação de vínculos formais celetistas.

Talvez o princípio da proteção contribua para este crescimento dos níveis de emprego. Novas formas de organização do trabalho, como a terceirização de serviços, porém levam à precarização das condições de trabalho. Esta precarização anuncia a necessidade de se proceder à ampliação do alcance do princípio da proteção, o que inclui, por óbvio, estabelecer restrições ao direito de cessação do contrato de trabalho por parte do empregador.

Em linha com este pensamento, temos a lição de Renault e Pagani:

A importância de se repensar uma nova compreensão do Princípio da Proteção se faz cada vez mais essencial diante do surgimento constante de novas modalidades de contratação da força de trabalho mitigadoras dos direitos trabalhistas em vigor, conduzindo o trabalhador à marginalidade social.

A releitura ampliativa do Princípio da Proteção, a partir do marco constitucional de 1988, com a finalidade de promover a melhoria das condições de vida do trabalhador, reduzindo essa situação de marginalidade social, consagra e efetiva o princípio da dignidade da pessoa humana. (RENAULT; PAGANI, 2012, p. 64-72)

Nesse contexto, o princípio da proteção, com base no valor social do trabalho, deve atuar como catalisador da melhoria das condições sociais dos empregados,

impedindo o avanço das modificações no mundo do trabalho, as quais, levam à redução de direitos.

É o caso, por exemplo, da onda flexibilizante que assola as relações de trabalho, e culmina na redução de direitos trabalhistas, demonstrando a pertinência da observação contida no excerto do artigo acima transcrito.

Com base no que foi dito acima, impõe-se uma releitura do próprio sentido do princípio da proteção, cujo alcance, não se restringe à figura do empregado, abrangendo todos nós, indistintamente. Cabe-nos lembrar, portanto, a importância do aludido princípio à sociedade, no sentido de que este não está focado apenas na figura do empregado, considerado individualmente.

Esta visão simplista leva ao enfraquecimento do princípio da proteção ao estabelecer preferência pelo trabalhador pelo simples fato de ser o partícipe mais fraco da relação jurídica de emprego. A justificativa é mais complexa e profunda, pois a proteção que se concede ao trabalhador individualmente ou mesmo abrangendo uma categoria ou todos os trabalhadores tem como escopo não somente as partes envolvidas na relação de emprego ou trabalho, mas também a sociedade como um todo, visto que se beneficia diretamente da aplicação do princípio, seja social ou economicamente falando.

É verdade que a normas em geral, notadamente, os direitos fundamentais sociais, tem como foco a coletividade, não obstante tenham por conteúdo direitos individuais.

No entanto, questiona-se se o trabalhador carece de proteção ou se, diante de um suposto processo de amadurecimento, poder-se-ia transportar esta tarefa – de definir as condições de trabalho – para as próprias partes, muitas vezes o empregado representado por seu sindicato. Daí a importância da abordagem ampla do princípio da proteção como forma de evitar o enfraquecimento do direito do trabalho sob o fundamento de evolução dessas relações e do próprio trabalhador.

Quando se justifica a proteção sob o prisma único do trabalhador enfraquece o próprio fundamento e traz consigo a irresignação dos cidadãos que não conseguem visualizar além da hipossuficiência. Em algumas situações, a aparente proteção do trabalhador é pouco significativa quando comparada à amplitude da norma.

Observe que a legislação procura resguardar o trabalhador, mesmo em situações em que não se encontram presentes os pressupostos da relação de

emprego. É o caso, por exemplo, dos motoristas profissionais autônomos<sup>11</sup> para os quais é previsto o intervalo interjornadas de 11 horas sem que mantenham vínculo de emprego com os seus clientes. Qual a finalidade da norma? Não se trata de mera proteção do trabalhador considerado em si. A intenção maior está focada na redução dos acidentes de trânsito. Portanto, a sociedade é a real destinatária da proteção aparentemente destinada ao trabalhador. Mesmo em se tratando de relação jurídica de emprego, a proteção ultrapassa a figura do empregado, impondo ao empregador obrigações que vão se espalhar na preservação da sociedade como um todo. O poder-dever do empregador de fiscalizar a prestação de serviços não tem caráter meramente tuitivo, como ocorre no fornecimento e utilização de equipamentos de proteção individual (EPIs). A não-utilização resultará na condenação do empregador quanto ao adicional e, também, em relação a eventual indenização pelo adoecimento. A preservação dos recursos financeiros da sociedade é o principal foco da regra em questão.

Como já referido anteriormente, esta aceção restritiva do princípio da proteção, colocando-o como mero instrumento paternalista visando o empregado individualmente considerado, fortalece o discurso neoliberal de desregulamentação (ou na visão eufemística: flexibilização), além de enfraquecer a aplicação dos direitos fundamentais sociais.

A doutrina se refere à denominada crise de aplicação dos direitos fundamentais. Não se trata, nas palavras de Sarlet, de questão relacionada com a eficácia e efetividade, mas na descrença da população na aplicação dos seus preceitos:

Por fim, oportuno registrar que cada vez mais se torna perceptível que a crise dos direitos fundamentais não se restringe a uma crise de eficácia e efetividade, mas se revela também como uma crise na esfera do próprio reconhecimento e da identidade dos direitos fundamentais, ainda que esta se encontre diretamente vinculada à crise da efetividade. Sem que tenhamos condições de desenvolver este aspecto, constata-se uma crescente descrença nos direitos fundamentais. Estes, ao menos na compreensível ótica da massa de excluídos, ou passam a ser encarados como verdadeiros 'privilégios' de certos grupos (basta ver a oposição entre os 'sem-terra' e os 'com-terra', os 'sem-teto' e os 'com-teto', bem como entre os 'com-saúde-e-educação' e os que a elas não têm acesso). Da mesma forma, chama a atenção o quanto têm crescido as manifestações, nos mais

---

<sup>11</sup> Art. 67-A, § 3º da Lei 9503/95: "O condutor é obrigado a, dentro do período de 24 (vinte e quatro) horas, observar um intervalo de, no mínimo, 11 (onze) horas de descanso, podendo ser fracionado em 9(nove) horas mais 2 (duas), no mesmo dia). (incluído pela Lei 12.619, de 2012)".

diversos segmentos da população, em prol da pena de morte, da desconsideração por princípios elementares do Estado de Direito, tais como o da ampla defesa, do contraditório, da vedação de penas cruéis e desumanas, etc. Quem abre as páginas dos jornais e se depara com depoimentos de cidadãos, apoiando e até mesmo elogiando, a atitude de integrantes da polícia militar que, após terem detido e imobilizado o autor de um simples furto, passaram a espancá-lo diante das câmeras da televisão, evidentemente não poderá deixar repetir a pergunta tão significativa que nos foi feita a todos - e que todos deveríamos nos fazer diariamente - em conhecida canção do repertório nacional (Renato Russo): 'que país é este?!'. (SARLET, 2001)

Trasportando esta realidade presente nos dias de hoje para as relações trabalhistas, vê-se o questionamento, cada vez mais frequente, do porquê da proteção concedida ao empregado em detrimento de outros trabalhadores e do próprio empregador. Tal fato vem corroborar a necessidade de uma releitura do princípio da proteção, como forma de fortalecer a sua aplicação e, em consequência, o Direito do Trabalho.

Quando tratamos da extinção do contrato de trabalho e a previsão de proteção contra a dispensa sem justa causa ou arbitrária (art. 7º, inciso I, da Constituição) não se pode negar estar-se privilegiando o próprio valor do trabalho no seio da sociedade.

Nesse ponto, em particular, tendo em vista o estágio atual das relações de trabalho e o próprio amadurecimento das partes contratantes, não se pode conceber que uma delas detenha, de forma absoluta, o direito potestativo de pôr fim ao vínculo de emprego, sem qualquer motivação.

Deve-se, ao contrário, estabelecer, pelo menos, critérios objetivos para cessação do contrato de trabalho, efetivando-se a proteção contra a dispensa. Não atende à proteção preconizada a rescisão contratual e o pagamento de mera indenização pecuniária, uma vez que atua quando já consumada a dispensa do empregado.

### **3.3 Dignidade da Pessoa Humana**

Se o tema é a análise da proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa sob a ótica dos direitos fundamentais, imperiosa a abordagem do princípio da

dignidade da pessoa humana, tido, por muitos, como identificador material dos direitos fundamentais. (SARLET, 2007, p. 77)<sup>12</sup>

Em nossa Constituição a dignidade da pessoa humana foi alçada a princípio fundamental e “não se deve esquecer o fato de que os direitos fundamentais, ao menos de modo geral, podem (e assim efetivamente o são) ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana...”. (SARLET, 2007, p. 105)

Mérito da Constituição de 1988, que colocou como centro normativo a pessoa humana, sendo reconhecida, por esta razão, como a Constituição Cidadã. O princípio da dignidade da pessoa passa a nortear todo o complexo de normas, conduzindo todos os segmentos à proteção do ser humano. Nas palavras de Bastos:

Embora dignidade tenha um conteúdo moral, parece que a preocupação do legislador constituinte foi mais de ordem material, ou seja, a de proporcionar às pessoas condições para uma vida digna, principalmente no que tange ao fator econômico. Por outro lado, o termo ‘dignidade da pessoa’ visa a condenar práticas como a tortura, sob todas as suas modalidades, o racismo e outras humilhações tão comuns no dia-a-dia de nosso país. Este foi, sem dúvida, um aceno do constituinte, pois coloca a pessoa humana como fim último de nossa sociedade e não como simples meio para alcançar certos objetivos, como, por exemplo, o econômico. (BASTOS, 1999, p. 227)

Segundo Sarlet:

Com o reconhecimento expresso, no título dos princípios fundamentais, da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático (e Social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o Constituinte de 1987/1988, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal. (SARLET, 2007, p. 98)

---

<sup>12</sup> Vide abordagem a esse respeito no cap. 2 que trata dos direitos fundamentais. SARLET confrontando outras teorias, principalmente a de Ferrajoli, exprime a necessidade de um conceito formal e material dos direitos fundamentais, com fundamento em Robert Alexy. Segundo o autor “Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhe ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição [...]”.

E é exatamente o princípio da dignidade da pessoa humana o critério material para identificar os direitos fundamentais, como já elucidado no capítulo anterior<sup>13</sup>. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 115-116) Não é demais repetir que os direitos sociais, particularmente, aqueles reservados à proteção do trabalhador, constituem direitos fundamentais, não só em sentido formal, como também em sentido material.

Assim, com fundamento em abalizada doutrina, os direitos insertos no Título II da Constituição são fundamentais, incluído nesse rol os direitos trabalhistas enumerados no art. 7º do texto constitucional. Como já visto, o art. 5º, § 2º da CF não exclui outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Sarlet, embora alimente a discussão em torno da vocação do princípio da dignidade da pessoa como identificador dos direitos fundamentais em sua dimensão material, reconhece que possui a feição de *lex generalis*:

Neste sentido, há que compartilhar o ponto de vista de que os direitos e garantias fundamentais (ao menos a maior parte deles) constituem garantias específicas da dignidade da pessoa humana, da qual são – em certo sentido – mero desdobramento. Em relação aos direitos fundamentais, a posição do princípio da dignidade da pessoa humana assume a feição de *lex generalis*, já que, quando suficiente o recurso a determinado direito fundamental (por sua vez já impregnado de dignidade), inexistente razão para invocar-se autonomamente o princípio da dignidade da pessoa humana, que não pode propriamente ser considerado de aplicação meramente subsidiária, até mesmo pelo fato de que uma agressão a determinado direito fundamental simultaneamente pode constituir ofensa ao seu conteúdo de dignidade.” (SARLET, 2007, p. 109-110)

---

<sup>13</sup> Não obstante a afirmação, importante ressaltar a controvérsia em torno da propriedade de utilização do princípio da dignidade da pessoa humana como critério material identificador dos Direitos Fundamentais. SARLET entende ser, pelo menos, discutível esta posição, pois “*basta um breve olhar sobre o nosso extenso catálogo dos direitos fundamentais para que tenhamos dúvidas fundadas a respeito da alegação de que todas as posições jurídicas ali reconhecidas possuem necessariamente um conteúdo diretamente fundado no valor maior da dignidade da pessoa humana*” (p. 96). Gilmar Mendes, valendo-se do ensinamento de Canotilho adverte: “Se fosse necessária prova para demonstrar a polémica que o assunto envolve, bastaria citar a crítica que Canotilho faz a essa tentativa de entrelaçar o princípio da dignidade humana na natureza dos direitos fundamentais. Essa concepção, segundo o professor de Coimbra, ‘*expulsa do catálogo material dos direitos todos aqueles que não tenham um radical subjetivo, isto é, não pressuponham a idéia-princípio da dignidade da pessoa humana. O resultado a que chega é um exemplo típico de uma teoria de direitos fundamentais não constitucionalmente adequada*’. A inadequação estaria em que a Constituição portuguesa – como a brasileira – também consagra direitos fundamentais de pessoas coletivas, a denotar que a idéia de dignidade humana não seria sempre o vetor definidor dos direitos fundamentais”.

Ressalte-se, ainda, muito além das funções instrumental integradora e hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana, este assume a natureza de norma legitimadora de todo o ordenamento jurídico. Sarlet ressalta que:

Esta eficácia de natureza jurídico-objetiva não se restringe a estes aspectos [funções instrumental integradora e hermenêutica], assumindo ainda maior relevância quando se verifica que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui, em verdade, uma norma legitimadora de toda a ordem estatal e comunitária, demonstrando, em última análise, que a nossa Constituição é, acima de tudo, a Constituição da pessoa humana por excelência. Neste sentido, costuma afirmar-se que o exercício do poder e a ordem estatal em seu todo apenas serão legítimos caso se pautarem pelo respeito e proteção da dignidade da pessoa humana. Assim, a dignidade constitui verdadeira condição da democracia, que dela não pode livremente dispor. (SARLET, 2007, p. 107)

Enfim, a dignidade da pessoa humana, por ser princípio fundamental e basilar do Estado Democrático de direito, deve nortear a aplicação e interpretação das normas trabalhistas, embasando e realçando a necessidade de proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Segundo a melhor doutrina:

Nesse compasso, sendo nítida a relação entre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito, resta inconteste que a aplicação e interpretação dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas deve ser realizada em sintonia com os valores imanentes à dignidade da pessoa do trabalhador, o qual não se despoja de sua condição de pessoa plena ao integrar o contrato de labuta". (OLIVEIRA, 2010, p. 475)

Como procuraremos desenvolver no presente trabalho, a dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos, senão o principal, para relativização do poder potestativo de cessação do contrato de emprego. Funciona, neste caso, como limitador da vontade do empregador, conforme leciona Sarlet:

Na medida em que o exercício do poder constitui permanente ameaça para a dignidade da pessoa humana, há quem considere a limitação do poder como uma exigência diretamente decorrente desta, acarretando, dentre outras consequências, a necessidade de se tolerarem ingerências na esfera pessoal apenas com base na lei e desde que resguardado o princípio da proporcionalidade. (SARLET, 2007, 104)

Deve-se, portanto, repita-se uma vez mais, refletir, com base na aplicação do princípio epigrafado se, o estabelecimento de uma relação jurídica (de emprego) na

qual uma das partes (o empregador) detenha poder ilimitado para por fim ao liame, pode-se resolver, simplesmente e de forma unilateral, por meio de indenização com valor equivalente a 40% dos depósitos do FGTS.

### **3.4 Princípio da vedação ao retrocesso social**

Embora não expresso, pode-se extrair o princípio da vedação do retrocesso social do conjunto de normas constitucionais. Encontra fundamento nos princípios do Estado Democrático de Direito, da dignidade humana e da máxima efetividade das normas constitucionais (art. 5º, inciso I, da Constituição) (SARLET, 2007, p. 455), encontrando-se, intimamente, ligado à eficácia dos direitos fundamentais. A sua aplicação ganha especial relevo no campo do Direito do Trabalho, mormente quando tratamos dos direitos fundamentais sociais, inclusive quanto ao aspecto da eficácia do art. 7º, I, da CR.

Segundo Muradas, a vedação ao retrocesso vincula-se a um dos desdobramentos do princípio da proteção, qual seja, o do progresso das condições sociais, ensinando:

O progresso e não retrocesso social ainda relaciona-se ao princípio da proteção ao trabalhador, pedra angular do Direito do Trabalho. O princípio da proteção ao trabalhador, como se sabe, grava a originalidade do Direito do Trabalho, enunciando o seu sentido teleológico. Com lastro na dignidade da pessoa humana e no valor ínsito ao trabalho humano, o princípio tutelar enuncia ser a missão deste ramo jurídico a proteção do trabalhador, com a retificação jurídica da desigualdade socioeconômica inerente à relação entre capital e trabalho. (REIS, 2010, p. 20)

Tal princípio é reconhecido pela maioria dos autores de Direito Constitucional, conforme leciona Sarlet:

Com efeito, no que diz com as garantias dos direitos sociais contra ingerências por parte de atores público e privados, importa salientar que, tanto a doutrina, quando, ainda que muito paulatinamente, a jurisprudência, vem reconhecendo a vigência, como garantia constitucional implícita, do princípio da vedação de retrocesso social, a coibir medidas, que, mediante a revogação ou alteração da legislação infraconstitucional (apenas para citar uma forma de intervenção nos direitos sociais), venham a desconstituir ou afetar gravemente o grau de concretização já atribuído a determinado direito fundamental (e social), o que equivaleria a uma violação da própria Constituição Federal e de direitos fundamentais nela consagrados." (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 567)

A aplicação do aludido princípio traduz-se em segurança jurídica, ao evitar que atos isolados e retrógrados possam vilipendiar as conquistas dos cidadãos, em qualquer campo do direito e especialmente, quanto aos direitos fundamentais sociais.

Como já afirmado anteriormente, os direitos fundamentais – incluindo os de índole social – não possuem caráter absoluto. Contudo, no que se refere a esta gama de direitos, não se pode deixar ao alvedrio do legislador a sua mutabilidade, notadamente aqueles dirigidos aos trabalhadores e enumerados no art. 7º da CR, não se podendo perder de vista a diretriz expansionista de melhores condições sociais inserida em seu *caput*.

Como poderemos desenvolver com mais detalhes, o art. 7º, inciso I, da CR, conquanto haja previsão de norma regulamentadora, mantém-se o núcleo essencial do direito fundamental à proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Isto significa dizer que goza de plena eficácia a garantia inserta no dispositivo constitucional invocado, restando ao legislador complementar o seu conteúdo, definindo como se dará esta proteção<sup>14</sup>. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 344)

A norma de vedação ao retrocesso procurar refrear o movimento flexibilizante que assola os direitos trabalhistas. Nas palavras de Severo:

Pela ideia de proibição do retrocesso social tem-se, pois, que eventuais medidas supressivas ou restritivas de direitos ou prestações sociais implementadas pelo legislador devem ser examinadas com máxima cautela, de sorte a que sejam consideradas incompatíveis com a ordem constitucional sempre que atingirem o núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos fundamentais. Aqui reside a incompatibilidade dos princípios constitucionais que adotamos em 1988 com a ideia de desregulamentação ou flexibilização de normas que encerram direitos sociais. (SEVERO, 2008, p. 443)

Cantelli, ao abordar a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa invoca a aplicação do princípio epigrafado e busca seu fundamento em nosso ordenamento jurídico, esclarecendo:

---

<sup>14</sup> A respeito do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

O artigo 5º, § 1º da Carta Maior dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Além disso, a Constituição da República consagrou o Estado Democrático e Social de Direito, inserindo a segurança como um valor supremo da sociedade e a dignidade humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. A conjugação de todos esses dispositivos constitucionais leva à compreensão do princípio da vedação ao retrocesso social. (CANTELLI, 2011, p.)

Dessa forma, o princípio epigrafado funciona como limitador à vontade do legislador (CANOTILHO, 1993, p. 493), impedindo que haja supressão ou perda de direitos já adquiridos pelos cidadãos, como os direitos fundamentais sociais, notadamente aqueles dirigidos ao trabalhador. Além disso, funciona também na consecução do caráter teleológico das normas de cunho social, indicando o progresso das condições do cidadão, notadamente os trabalhadores, como acima exposto.

### **3.5 Princípios da boa fé e da função social dos contratos**

Embora princípios expressos na legislação infraconstitucional, encontram seu fundamento na Constituição, razão pela qual são estudados no presente tópico.

Os artigos 421 e 422 do Código Civil enaltecem os princípios da função social do contrato e da boa-fé, como cláusulas gerais dos contratos, concretizando uma gama de preceitos basilares da Constituição. Podemos afirmar, com amparo no ensinamento de Nery Júnior (2003, p. 428), que o princípio da boa fé objetiva decorre da própria função social do contrato, sendo certo que o que se disser de um pode-se aplicar perfeitamente ao outro.

Segundo Silva:

Ditos princípios, tomando-se como base a premissa da leitura com as lentes constitucionais, traduzem uma aplicação concreta de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, inscrito no inciso I do artigo 3º da Constituição, a saber, o objetivo de construir uma sociedade solidária. (SILVA, 2006, p. 149)

Não se pretende aqui aprofundar na questão da teoria da solidariedade (SILVA, 2006, p. 150)<sup>15</sup>, mas apenas buscar o fundamento constitucional dos princípios epigrafados, como forma também de alcançar a eficácia plena do art. 7º, inciso I, da CF, no que tange à proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa.

O aludido autor proclama que a Constituição atribui uma função social à propriedade no inciso XXII, do artigo 5º, ou seja, limita o exercício do direito à função social que lhe é atribuída, como, no caso de imóvel rural, à produtividade (SILVA, 2006, p. 155), sendo certo que “*a cláusula da função social tem magnitude constitucional e não apenas civilística*”. (NERY JÚNIOR, 2003, p. 423)

Não se pode, portanto, dissociar o exercício do direito da função (ou dever) que lhe é atribuída, emergindo a noção de cooperação entre os contratantes e a ideia de que o contrato não está adstrito quanto aos seus efeitos, às partes. SILVA (2006, p. 153), com fundamento na função social como limitador ao exercício da autonomia privada, leciona:

Nesta ideia de cooperação entre os contratantes, mas também em relação a terceiros, é que se concretiza, no direito contratual, a ideia solidarista insculpida no inciso I do art. 3º da Constituição Federal. Eu diria que, dentro da relação contratual, entre os contratantes, atua a ideia de cooperação por intermédio do princípio da boa-fé (regra do artigo 422 do Novo Código). Já os reflexos externos das relações contratuais, ou seja, as relações contratuais enquanto fatos que se inserem no mundo de relações econômicas e sociais, com isto integrando-se à cadeia produtiva e afetando a esfera de terceiros, impõem um comportamento solidário, cooperativo, que é atuado pela ideia de função social no exercício da liberdade contratual (regra do artigo 421 do Novo Código).

Embora não sejam princípios peculiares do Direito do Trabalho, os princípios da função social e da boa-fé conectam-se perfeitamente com este ramo da Ciência do Direito.

Monzón, citado por Rodriguez, autor uruguaio que exerceu forte influência na doutrina nacional, trata do princípio da boa-fé como um dos princípios que fecundam no campo do Direito do Trabalho:

---

<sup>15</sup> Segundo SILVA “A ideia de solidariedade remete, inevitavelmente, à doutrina solidarista preconizada por Émile Durkheim. Para o sociólogo francês, poderia se estabelecer uma diferença entre a solidariedade que se presencia nas sociedades mais simples, nas quais há uma indistinção dos papéis sociais, daquelas mais complexas, onde, graças à divisão do trabalho social, as atividades são mais compartimentadas. (p. 150). O autor conclui que, nas sociedades mais sofisticadas, o Direito desempenha o papel de coordenação dos variados órgãos (p. 151).

A boa-fé, entendida no significado objetivo de cumprimento honesto e escrupuloso das obrigações contratuais, se distingue da boa-fé subjetiva ou psicológica abrangente do erro ou falsa crença e, segundo Grassetti, significa lealdade recíproca de conduta completamente leal nas relações sociais, causa que justifica 'confiança' e, ao mesmo tempo, exigência imprescindível de conduta, precisamente para que a confiança fique justificada. As partes se acham assim obrigadas a uma lealdade recíproca de conduta – *recta mente et firma devotione* – que constitui em sua plena bilateralidade a mais alta expressão dos fatores jurídico-pessoais que matizam o contrato de trabalho. (MONZÓN, 1949, p. 351)

Maior entende que os contratos de trabalho são impregnados dos referidos princípios, possuindo caráter limitador da vontade das partes, até mesmo em relação ao direito de por fim ao liame empregatício:

O novo Código Civil, aliás, estabeleceu uma nítida mitigação do princípio do *pacta sunt servanda*, dando maior relevo à função social dos contratos do que a liberdade de contratar (art. 421), e o art. 422, do mesmo Diploma, reafirmou, desta feita, expressamente, que a boa-fé deve estar à base do contrato na sua formação, na sua execução e na sua extinção, sendo que quanto a este último a normatização foi trazida no art. 472. (MAIOR, 2008, p. 436)

Encontra-se claro, portanto, o limite imposto à liberdade de contratar, pelos princípios da função social e da boa-fé, consentâneos com a criação de uma sociedade solidária e justa. Tais princípios, como desenvolvido acima, incidem em todos os momentos, incluindo a fase pré-contratual, a sua execução e, tema do nosso trabalho, a cessação deste contrato.

### **3.6 Princípio da máxima eficácia e efetividade das normas constitucionais**

Já estabelecida a distinção entre os termos “eficácia” e “efetividade”, cumpre-nos abordar o princípio que norteia a interpretação e aplicação das normas constitucionais, importante estudo que, necessariamente, precede ao alcance da norma inserta no art. 7º, inciso I da Constituição da República.

Quanto à efetividade, por extrapolar o escopo do presente trabalho, limitar-nos-emos a ratificar o que já foi objeto de referência anterior, quando estabelecemos a distinção entre vigência, eficácia e efetividade. Efetividade encontra-se conectada com a concretização das normas no plano social.

O operador do direito, guiado pelo aludido princípio, deve alcançar o verdadeiro sentido da norma e sua imediata aplicação (art. 5º, § 1º, da CR), além da

plenitude de sua eficácia, mormente em se tratando de direitos fundamentais, uma vez que estes direitos “*não se interpretam, concretizam-se*”. (BONAVIDES, 1997, p. 592)

Com efeito, no que se refere aos direitos fundamentais assinala Bonavides, com suporte na doutrina alemã, que os “*direitos fundamentais já não têm eficácia ‘em função da lei’, mas, ao contrário, as leis ganham eficácia ‘em função dos direitos fundamentais’*”. (BONAVIDES, 1997, p. 596)

Desta feita, ganha especial relevo no presente trabalho, o princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, considerando que, nessa quadra de ideias, o direito fundamental inscrito no art. 7º, inciso I, da CR, possui eficácia plena no moderno Estado Democrático de Direito.

Adverte Bonavides:

Não resta dúvida, porém, de que, à margem da teorização, no âmbito exclusivo da realidade pura de nosso tempo, os obstáculos para concretizar direitos fundamentais de natureza social aumentaram consideravelmente por efeito do neoliberalismo e da globalização. Da Sociedade mesma, onde atuam esses fatores novos, partem ameaças que se poderão tornar letais à liberdade enquanto direito fundamental. A moderna e complexa Sociedade de massas, como Sociedade pós-industrial, desde muito tem feito crescer este risco.

Em rigor, diante dos novos perfis empresariais do sistema capitalista, das ofensas ao meio ambiente, da expansão incontrolada de meios informáticos e principalmente da mídia posta a serviço do Estado e das cúpulas hegemônicas da economia, tais ameaças tendem a se tornar cada vez mais sérias e delicadas, obstaculizando a sobredita concretização. (BONAVIDES, 1997, p. 599)

Como já aludimos anteriormente quanto a necessidade de se imprimir eficácia às normas constitucionais e, de modo mais incisivo, aquelas com conteúdo de direitos fundamentais, a advertência de Bonavides é de grande importância e anuncia a questão da exclusão apontada por Müller:

Na prática se retira aos excluídos a dignidade humana, retira-se-lhes mesmo a qualidade de seres humanos, conforme se evidencia na atuação do aparelho de repressão: não-aplicação sistemática dos direitos fundamentais e de outras garantias jurídicas, perseguição física, ‘execução’ sem acusação nem processo, impunidade dos agentes estatais da violação, da opressão ou do assassinio. Por isso a luta contra a exclusão, que é obrigatória para o jurista, também não tem como objetivo um *babouvismo* próprio de um ‘comunismo da Idade da Pedra’ nem uma sociedade burguesa de classe média; ambos os objetivos estão fora do alcance da atuação especializada dos juristas. O objetivo da luta é impor a *igualdade de todos* no tocante à sua qualidade de seres humanos, à dignidade humana, aos direitos fundamentais e às restantes garantias legalmente

vigentes de proteção – sem que se permitisse aqui as mais ligeiras diferenças, tampouco aquelas com vistas à nacionalidade, aos direitos eleitorais passivos e ativos ou à faixa etária (meninos de rua).. (MÜLLER, 2003, p. 94)

Pertinente a constatação da necessidade de se imprimir maior eficácia aos direitos, como forma de concretizar o Estado de Direito, notadamente aqueles de cunho social. Com isso, ultrapassamos os obstáculos impostos, muitas vezes, pelo próprio Estado, como na omissão relacionada com o direito à proteção do art. 7º, inciso I, da CR. A inércia do legislador traz a tona as dificuldades de concretização dos direitos fundamentais e exige uma atuação ativa dos operadores do direito.

## 4 DISPENSA DO TRABALHADOR

### 4.1 As mudanças no mundo do trabalho

Essa dimensão dúplice e mesmo contraditória presente no mundo do trabalho que cria, mas também subordina, humaniza e degrada, libera e escraviza, emancipa e aliena, manteve o trabalho humano como questão nodal em nossa vida. E, neste conturbado limiar do século XXI, um desafio crucial é dar sentido ao trabalho, tornando também a vida fora dele dotada de sentido. (ANTUNES, 2005, p. 12)

O trabalho e a relação do trabalhador com os meios de produção vêm sofrendo constantes alterações no decorrer da história. Na fase pré-industrial, o trabalhador detinha os meios de produção e tinha consciência do que produzia.

Com a implementação do capitalismo, notadamente o industrial, no século XIX, aliado com o surgimento de técnicas de controle do trabalho e do próprio trabalhador, este último passou por um processo de alienação e de extrema exploração, fatores que contribuíram para o surgimento e consolidação da legislação trabalhista e do próprio Direito do Trabalho.

Os modelos de produção evoluíram, passando do controle direto sobre o empregado quanto à sua produtividade (tempo e movimento) para alternativas mais sofisticadas e contando com a iniciativa do próprio trabalhador sem a interferência incisiva do empregador. Surgiram modelos como o Taylorismo/Fordismo, que privilegiavam o controle efetivo e direito do empregado em grandes fábricas verticalizadas e com produção em massa. Com as inovações tecnológicas e gerenciais os antigos modelos foram atualizados e outros emergiram, como o Toyotista, em que o empregado já não sofre a interferência direta do tomador de serviços, não sendo este, necessariamente, o seu empregador.

Conforme dizeres de Viana:

Tal como os seus produtos, a empresa quer um empregado sempre novo, ainda quando - por exceção - continua fisicamente o mesmo. Esse empregado deve ser móvel e fluido, o que também pode significar precário e efêmero. O que importa não é tanto o que ele é, ou como ele está, mas o seu momento seguinte.

De certo modo - e para usar essa imagem tão cara ao circuito jurídico - ele é menos um ser do que um dever-ser. Mais do que alguém modelado pelo passado, é um homem em potência, um empregado futuro. Por isso, sua capacidade de mudança pode pesar mais do que a competência adquirida. Mais do que simplesmente aprender, esse empregado eternamente jovem tem de seguir aprendendo, o que implica aprender a esquecer. Se não

tomar cuidado, até a sua experiência pode desqualificá-lo, pois faz lembrar velhos apegos, antigas rotinas, ideias já todas pensadas e concluídas. Não é à toa que o trabalhador envelhescente costuma ser preterido; mesmo que se declare dinâmico e disposto a se reciclar, bastam as rugas para desmenti-lo - ainda mais num tempo em que a aparência costuma vencer a essência. Paradoxalmente, ele não deve sequer se adaptar - ou pelo menos não completamente - ao seu ofício. Como um corredor de maratona, que espera o tiro de partida, deve estar sempre pronto para voar, insatisfeito com o seu lugar, ávido de novos caminhos. (VIANA, 2007, p. 238)

São os efeitos da pós-modernidade, tão bem retratada por Baumann através da liquidez, metáfora da vida contemporânea, com reflexos no mundo do trabalho:

Como um estado de perfeição última não está para aparecer no horizonte dos esforços humanos, e como a fé na eficácia a toda prova de qualquer esforço não existe, não faz muito sentido a ideia de uma ordem 'total' a ser erigida andar por andar num esforço controlado, consistente e proposital. Quanto menor é a firmeza no presente, tanto menos o 'futuro' pode ser integrado no projeto. Lapsos de tempo rotulados de 'futuro' encurtam, e a duração da vida como um todo é fatiada em episódios considerados 'um de cada vez'. A continuidade não é mais marca de aperfeiçoamento. A natureza outrora cumulativa e de longo prazo do progresso está cedendo lugar a demandas dirigidas a cada episódio em separado: o mérito de cada episódio deve ser revelado e consumido inteiramente antes mesmo que ele termine e que o próximo comece. Numa vida guiada pelo preceito da flexibilidade, as estratégias e plano de vida só podem ser de curto prazo. (BAUMAN, 2001, p. 158)

Privilegiamos hoje modernas estruturas empresariais, horizontalizadas, e que, sob o prisma do trabalho geram a precarização das relações e o enfraquecimento dos sindicatos. Segundo Antunes:

Observa-se, no universo do mundo do trabalho no capitalismo contemporâneo, uma múltipla processual idade: de um lado verificou-se uma desproletarização do trabalho industrial, fabril, nos países de capitalismo avançado, com maior ou menor repercussão em áreas industrializadas do Terceiro Mundo. Em outras palavras, houve uma diminuição da classe operária industrial tradicional. Mas, paralelamente, efetivou-se uma expressiva expansão do trabalho assalariado, a partir da enorme ampliação do assalariamento no setor de serviços; verificou-se uma significativa heterogeneização do trabalho, expressa também através da crescente incorporação do contingente feminino no mundo operário; vivencia-se também uma subproletarização intensificada, presente na expansão do trabalho parcial, temporário, precário, subcontratado, 'terceirizado', que marca a sociedade dual no capitalismo avançado, da qual os *gastarbeiters* na Alemanha e o *lavoro vero* na Itália são exemplos do enorme contingente de trabalho migrante que se dirige para o chamado Primeiro Mundo, em busca do que ainda permanece do *welfare state*, invertendo o fluxo migratório de décadas anteriores, que era do centro para a periferia.

O mais brutal resultado dessas transformações é a expansão, sem precedentes na era moderna, do desemprego estrutural, que atinge o mundo em escala global. Pode-se dizer, de maneira sintética, que há uma

processualidade contraditória que, de um lado, reduz o operariado industrial e fabril; de outro, aumenta o subproletariado, o trabalho precário e o assalariamento no setor de serviços. Incorpora o trabalho feminino e exclui os mais jovens e os mais velhos. Há, portanto, um processo de maior heterogeneização, fragmentação e complexificação da classe trabalhadora. (ANTUNES, 2002, p. 49)

Tais aspectos influenciaram e influenciam direta ou indiretamente o mundo do trabalho, afetando não só os modelos de produção como também o próprio empregado, o que levou alguns a pregar a crise do Direito do Trabalho e o fim do trabalho, como objeto de preocupação central.

Alguns autores remetem esta crise do trabalho ao surgimento dessas novas técnicas de produção, representadas, principalmente, pela automação que substitui o trabalhador. É o denominado trabalho morto, em que os homens são substituídos pelas máquinas. Nesse sentido o pensamento Antunes ao enfatizar que:

Como o capital pode reduzir muito, mas não pode eliminar completamente o trabalho vivo do processo de criação de mercadorias, sejam elas materiais ou imateriais, ele deve, além de incrementar sem limites o trabalho morto corporificado no maquinário tecnocientífico, aumentar a produtividade do trabalho de modo a intensificar as formas de extração do sobretrabalho (da mais-valia) em tempo cada vez mais reduzido. Vale lembrar que tempo e espaço se convulsionam nesta nova fase dos capitais mundializados. A redução do proletariado taylorizado, a ampliação do 'trabalho intelectual' nas plantas produtivas de ponta e a ampliação generalizada dos novos proletários precarizados e terceirizados da 'era da empresa enxuta' são fortes exemplos do que acima aludimos. (ANTUNES, 2005, p. 27)

Essas alterações no modo de produção levam à adoção de instrumentos facilitadores das dispensas dos empregados, seja por intermédio da redução de garantias contratuais, como também a pactuação de contratos por prazo determinado, ou a tempo parcial, cada vez mais frequentes.

Juntamente com tudo que se falou anteriormente, em consequência das sucessivas crises mundiais, merece destaque o fenômeno conhecido como "flexisegurança"<sup>16</sup>, retratado por NETO, citado por STÜMER e COIMBRA e que tem como objetivo facilitar as contratações e dispensas:

---

<sup>16</sup> Do inglês *flexisecurity*, onde se prega a flexibilidade da legislação protetiva sem a exclusão de direitos trabalhistas, sendo que esta preservação de direitos não tem sido observada nos países europeus.

De uma análise fria e sem romantismo, chega-se a inferência de que se trata de mais uma medida em sintonia com a ideologia neoliberal, vez que os objetivos são claros: facilitar a vida da iniciativa privada em detrimento das condições de trabalho que se tornarão mais precárias em face da política de flexibilidade em seus diversos aspectos: contratação temporária; dispensa sem ônus; modalidades de salário vinculadas ao resultado; fixação de horários flexíveis visando atender exclusivamente a demanda na produção. (DALLEGRAVE NETO, 2012, p. 46)

Concluem os autores que a finalidade maior seria a flexibilização de direitos trabalhistas, diante das altas taxas de desemprego nos países de capitalismo central. De forma adequada afirmaram referidos autores que “a ‘flexisegurança’ parece estar mais focada com a ‘flexi’ do que com a ‘segurança’”.

As teorias flexibilizantes, tenham nomes pomposos ou não, têm como objetivo final a redução de direitos trabalhistas. Como já afirmou Viana, a flexibilização não constitui, em si, um problema. A questão é que sempre depois de uma flexibilização vem outra flexibilização, resultando na desregulamentação dos direitos trabalhistas.

Nessa quadra de ideias, vê-se pela história recente do Brasil que a redução de direitos trabalhistas não resolve crises econômico-financeiras, tampouco eleva os níveis de emprego, impondo-se o reconhecimento de maior segurança nos contratos de trabalho como a aqui proposta, no que tange à proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa.

#### **4.2 O papel do direito: transformar ou retratar a realidade?**

Ao tratar do assunto da dispensa do trabalhador e mesmo a questão principal relacionada com a dispensa em massa, desperta interesse a questão epigrafada: o Direito tem papel fundamental na transformação da realidade ou surge como retrato da sociedade em determinada conjuntura?

A questão que interessa no presente trabalho centra-se na possibilidade de se estabelecer normas trabalhistas que reduzam as garantias do empregado. Pregam-se o emergir de uma nova era de direitos em que os trabalhadores são levados à livre negociação com os tomadores de serviço para transação de direitos. É o negociado prevalecendo sobre o legislado, com reflexos também na cessação do contrato de trabalho.

Questões relacionadas com o papel do direito como catalisador das necessidades sociais, e não apenas como observador inerte levam-nos à conclusão

de se adotar uma postura ativa e ousada e não simplesmente nos render à posição de “pós-modernidade” onde o trabalho deixa de ter papel central na sociedade.

Ao contrário, as transformações no mundo do trabalho evidenciam a necessidade de maior efetividade das normas que garantem melhores condições aos empregados. Na história recente de nosso país, objeto de referência anterior, vivemos um crescimento sólido dos níveis de emprego. Todavia, a empregabilidade não impediu a precarização das relações envolvidas, passando inúmeros empregados, principalmente em razão do fenômeno da terceirização de serviços, a deter menores benefícios.

Nesse contexto, na esteira do que já se expôs anteriormente, devemos considerar que o texto constitucional de 1988 tem o olho no presente (ser) e também é voltado para o futuro (dever-ser), funcionando como precipitador das mudanças sociais e não apenas reprodutor da conjuntura atual.

Como transformadora, a Constituição, em inúmeras passagens, incluiu em seu texto diretrizes para o progresso das condições sociais, seja em relação às obrigações públicas que imputa, seja também quanto aos direitos fundamentais sociais, relacionados com o trabalhador especificamente. Nessa esteira, citamos o art. 7º, *caput*, da Constituição que possui caráter inclusivo, não descartando as melhorias das condições sociais, mesmo que provenientes de normas hierarquicamente inferiores.

Bobbio, ao tratar das diversas regras a que somos submetidos, afirma:

Todas essas regras são muito diversas pelas finalidades que perseguem, pelo conteúdo, pelo tipo de obrigação que fazem surgir, pelo âmbito de suas validades, pelos sujeitos a quem se dirigem. Mas todas têm em comum um elemento característico que consiste, como veremos melhor em seguida, em ser proposições que têm a finalidade de influenciar o comportamento dos indivíduos e dos grupos, de dirigir as ações dos indivíduos e dos grupos rumo a certos objetivos ao invés de rumo a outros. (BOBBIO, 2001, p. 26)

No atual modelo de Estado Democrático e Social de Direito, a sociedade não se satisfaz com promessas inseridas em normas denominadas programáticas, impondo-se a garantia e máxima efetividades dos direitos fundamentais já expressos com a inclusão de outros, oriundos, por exemplo, de tratados internacionais.

Da mesma forma, as omissões legislativas não podem servir de entrave para a eficácia dos direitos fundamentais, como ocorre quanto à proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa. A cessação do contrato de forma

desmotivada e unilateral não constitui evolução no âmbito das relações trabalhistas, ao revés, representa inexplicável descumprimento dos princípios e normas constitucionais, como já foi exposto e será melhor explicitado nos capítulos seguintes.

### **4.3 A dispensa como Direito Potestativo do empregador**

Depois de tudo o que se explanou a respeito da necessidade de se adotar, por parte de todos os segmentos da sociedade, uma nova postura perante as relações de trabalho, ainda se constata que a dispensa imotivada do empregado é tida em geral, pela doutrina clássica, como direito de natureza potestativa (DELGADO, 2012, p. 1172-1173.)<sup>17</sup> do empregador. Para esta vertente, a denúncia vazia do contrato de trabalho constitui direito das partes sem que o outro possa se insurgir<sup>18</sup>.

Este posicionamento, todavia, não pode mais subsistir diante dos princípios que regem os contratos em geral e principalmente aqueles aplicáveis ao Direito do Trabalho. O argumento apresentado por alguns que o direito potestativo é recíproco, pertencente a ambos os contratantes, não tem o condão de justificar a manutenção do direito potestativo do empregador. Isto porque, o pedido de demissão por parte de um empregado não traz maiores dificuldades para a sua substituição por parte do empregador, ao passo que a cessação do contrato por iniciativa do empregador causa imensuráveis prejuízos ao empregado, o qual muitas vezes tem dificuldades de recolocação.

Assim, a dispensa dos empregados sem qualquer critério, inserida que está na órbita da manifestação de vontade unilateral do empregador demonstra a falta de segurança jurídica nas relações de emprego e representa, em muitas situações, o uso abusivo do direito.

---

<sup>17</sup> Segundo Godinho, “Direito potestativo é o ponto máximo de afirmação da centralidade do indivíduo na ordem jurídica. Efetivamente, ele constitui aquela prerrogativa ou vantagem que se exerce e se afirma independentemente da vontade dos que não de suportar suas consequências jurídicas.” (Curso de Direito do Trabalho, 11ª edição)

<sup>18</sup> Obviamente que não se está aqui excluindo as estabilidades ou garantias provisórias no emprego, concedidas aos empregados em decorrência do cargo que ocupa (cipeiro, dirigente sindical etc.) ou sua condição pessoal (acidente de trabalho – art. 118 da Lei 8213/91 e gravidez – art. 10 do ADCT). Mesmo nessas situações o Tribunal Superior do Trabalho deu uma guinada em sua jurisprudência consolidada ao prever a estabilidade da gestante e do acidentado também nos contratos por prazo determinado (vide Súmulas 224 e 378 do TST).

Para melhor compreensão da necessidade de maior segurança jurídica nos liames empregatícios, importante retornamos no tempo, efetuando uma incursão histórica sobre o regime vigente quando da edição das normas trabalhistas de forma consolidada.

Com efeito, a Consolidação das Leis do Trabalho foi concebida segundo um regime de estabilidade no emprego, proporcionando ao empregado maior segurança depois de 10 anos de trabalho para o mesmo empregador<sup>19</sup>.

As normas atinentes à estabilidade no emprego surgiram em nosso ordenamento jurídico antes mesmo da edição da CLT, mas de forma esparsa e dirigidas a algumas categorias.

Segundo Arouca:

No início da década de 1920, o quadro socioeconômico do Brasil podia ser visto a partir de uma população de pouco mais de trinta milhões de habitantes, dos quais 3.642.382 eram imigrantes, principalmente Italianos, espanhóis e portugueses. A indústria no Brasil, antes da Primeira Guerra voltava-se para o consumo interno, não tendo significado econômico. O País produzia bens primários para exportação, especialmente o café. Depois a indústria têxtil cresceu significativamente, ampliando o quadro de operários. Mesmo assim, o censo industrial de 1920 registrou 648.153 estabelecimentos rurais e apenas 13.336 industriais.

(...)

Em 1920, já havia no País, nas maiores cidades, cerca de um milhão de sindicatos e organizações congêneres de quase todas as categorias profissionais, isto quando a soma do proletariado não chegava a 500 mil trabalhadores. O movimento operário organizado, até 1920, sofreu a influência e o comando dos anarquistas imigrantes, que contribuíram decisivamente para a eclosão das greves que se iniciaram em São Paulo a partir de julho de 1917, irradiando-se para o interior e outros Estados, do Rio de Janeiro até Pernambuco. As reivindicações básicas eram: a) melhores salários; b) jornada de trabalho de 08 horas diárias; c) descanso semanal remunerado; d) abolição das multas; e) igualdade de salários entre homens e mulheres; f) proibição do trabalho para menores de 14 anos; g) revogação da lei de expulsão; h) medidas contra a carestia. (AROUCA, 2008, p. 232)

Embora não se possa desprezar os movimentos das classes operárias para o surgimento e auto-afirmação do Direito do Trabalho, o certo é que a proliferação da legislação trabalhista se deu muito em razão da atuação do Estado legislador<sup>20</sup>. Não obstante, a elite dominante na época viu-se obrigada a conceder alguns direitos, os

---

<sup>19</sup> Art. 492 da CLT: O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.

<sup>20</sup> Esta opinião foi externada por Segadas Viana no clássico Instituições de Direito do Trabalho, obra conjunta com Arnaldo Sussekind, Délio Maranhão e João de Lima Teixeira Filho.

quais constavam de acordos entre empregados e empregadores e que, posteriormente, foram absorvidos pela legislação heterônoma.

No que concerne à estabilidade no emprego, esta fora instituída em relação aos ferroviários, por meio da Lei Eloi Chaves, que também criou as caixas de previdência.

O Decreto 4682 de 24 de janeiro de 1923, que recebeu o nome do Deputado Eloi Chaves previa, em seu art. 42:

Art. 42 - Depois de 10 anos de serviços efetivos, o empregado das empresas a que se refere a presente lei só poderá ser demitido no caso de falta grave constatada em inquérito administrativo, presidido por um engenheiro da Inspetoria e Fiscalização das Estradas de Ferro.

Referida lei, como dito, criou as Caixas de Aposentadorias e Pensões dos Ferroviários. Decretos foram editados, estendendo a estabilidade a outras categorias. (AROUCA, 2008, p. 234)

Como a Previdência Social necessitava sobreviver, por meio de contribuições contínuas dos trabalhadores, os decretos que instituíram a estabilidade acima referida tinham como finalidade prover esse sistema. Por meio de contratos de longa duração, estariam garantidas as contribuições. Por essa razão, o instituto da estabilidade no emprego foi inserido, originalmente, em uma norma de natureza previdenciária. Apenas com a edição da Lei nº 62 de 1935 é que a estabilidade no emprego foi estendida aos empregados da indústria e comércio, desvinculada de norma de natureza previdenciária.

Em 1943, o art. 492 da CLT consagrou a estabilidade, sendo que a falta grave prevista para a ruptura do contrato do estável correspondia às hipóteses enumeradas no art. 482 do mesmo diploma normativo, mas potencializadas pela intensidade ou reiteração<sup>21</sup>.

Segundo Arouca, Evaristo de Moraes Filho apresentou Anteprojeto de Código do Trabalho com inovações em seu texto, inclusive com a previsão de o empregado optar pelo cumprimento do contrato, caso fosse dispensado depois de 1 ano de serviço. Evaristo justificou:

---

<sup>21</sup> Não se pode olvidar que a estabilidade nunca atingiu toda a gama de empregados, possuindo excetivas, como aqueles que exerciam cargos de confiança (art. 499, § 2º da CLT) os empregados domésticos (Lei 5859/73), os empregados rurais (Lei 5889/73), e aqueles que laboravam em consultórios ou escritórios de profissionais liberais, consoante previsão do art. 507 da CLT.

Não se compara o risco que correm as partes contratantes, em face do desemprego súbito: o empregado perde tudo que lhe resta na vida, todo o seu patrimônio representado na sua única propriedade, humana e personalíssima, que é sua força de trabalho, o empregador perde somente um colaborador, que é logo substituído por outro, mal o primeiro vira as costas, sem maiores perigos para a organização. (p. 237)

O Ato Institucional nº 1 suspendeu o direito à estabilidade, sem que o Regime admitisse este fato abertamente (AROUCA, 2008, p. 234)<sup>22</sup>. No entanto, em seguida, a Lei 5107/66 instituiu o FGTS, como direito dos trabalhadores, podendo estes últimos renunciarem à estabilidade. Possibilitada, a partir daí a renúncia à estabilidade para os trabalhadores que já se encontravam empregados, e a contratação de novos mediante a opção pelo FGTS<sup>23</sup>, iniciou-se, na realidade, um processo de flexibilização dos direitos trabalhistas.

Isto porque, diante da ausência de poder de negociação por parte dos empregados, os novos contratos eram firmados sob o regime do FGTS, restringindo-se a estabilidade àqueles trabalhadores que já se encontravam próximos de adquirir a estabilidade depois de 10 anos de trabalho junto a determinada empresa.

Naquele tempo, a Constituição de 1967 previa o direito ao FGTS ao lado da estabilidade, reforçando a flexibilização deste último:

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.

---

<sup>22</sup> O Regime que se instaurou após o Golpe de 1964 tentou amenizar a questão, reafirmando a manutenção dos direitos dos trabalhadores. Contudo, quando ainda se discutia a respeito do alcance da norma contida no referido Ato Institucional foi criado o FGTS com o nítido intuito de enfraquecer a estabilidade constante da CLT. Registrou Arouca: *“E foi aprovado com a maioria que restou de um Congresso amordaçado, dando na Lei n. 5107, de 1966 que instituiu o regime de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, como direito dos trabalhadores por suposta opção livre para renunciar ao direito à estabilidade no emprego. Era a opção patronal; imposta pelo empregador como condição para contratar ou manter o contrato de trabalho. Como compensação para os dirigentes sindicais acomodados era ampliada a estabilidade do art. 543, § 3º da CLT, além de permitir que, sendo optantes, quando afastados de seus empregos, tivessem os depósitos efetuados em conta vinculada, a cargo de seu sindicato.”*

<sup>23</sup> Lei 5107/66: Art. 1º Para garantia do tempo de serviço ficam mantidos os Capítulos V e VII do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho, assegurado, porém, aos empregados o direito de optarem pelo regime instituído na presente Lei.

§ 1º O prazo para a opção é de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias, contados da vigência desta Lei para os atuais empregados, e da data da admissão ao emprego quanto aos admitidos a partir daquela vigência.

Com o advento da Constituição de 1988 foi universalizado o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, garantindo-se apenas o direito adquirido à estabilidade decenal àqueles empregados que, antes de sua vigência, haviam alcançado os 10 anos de trabalho com o mesmo empregador e não eram optantes do FGTS.

Promulgada a nova Lei do FGTS (Lei 8036/90) foi explicitado o respeito ao direito adquirido<sup>24</sup>, *in verbis*:

Art. 14. Fica ressalvado o direito adquirido dos trabalhadores que, à data da promulgação da Constituição Federal de 1988, já tinham o direito à estabilidade no emprego nos termos do Capítulo V do Título IV da CLT.

1º O tempo do trabalhador não optante do FGTS, anterior a 5 de outubro de 1988, em caso de rescisão sem justa causa pelo empregador, rege-se pelos dispositivos constantes dos arts. 477, 478 e 497 da CLT.

2º O tempo de serviço anterior à atual Constituição poderá ser transacionado entre empregador e empregado, respeitado o limite mínimo de 60 (sessenta) por cento da indenização prevista.

3º É facultado ao empregador desobrigar-se da responsabilidade da indenização relativa ao tempo de serviço anterior à opção, depositando na conta vinculada do trabalhador, até o último dia útil do mês previsto em lei para o pagamento de salário, o valor correspondente à indenização, aplicando-se ao depósito, no que couber, todas as disposições desta lei.

4º Os trabalhadores poderão a qualquer momento optar pelo FGTS com efeito retroativo a 1º de janeiro de 1967 ou à data de sua admissão, quando posterior àquela.

Retomando a ideia lançada no início do presente tópico, não obstante alguma controvérsia no campo doutrinário, com a universalização do FGTS, concretamente a cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador e de forma desmotivada passou a vigor em nosso ordenamento jurídico como direito de natureza potestativa. Tal premissa, contudo, não é isenta de críticas, considerando-

---

<sup>24</sup> Não obstante, vozes isoladas ainda defendem a subsistência do modelo estabilitário (arts. 492/500 da CLT) com o do FGTS, universalizado pela Constituição de 1988. O posicionamento do STF é no de extinção da estabilidade decenal: “Não estabeleceu a Constituição de 1988 qualquer exceção expressa que conduzisse à estabilidade permanente, nem é possível admiti-la por interpretação extensiva ou por analogia, porquanto, como decorre, inequivocamente do inciso I do art. 7º da Constituição, a proteção que ele dá à relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa é a indenização compensatória que a lei complementar terá necessariamente que prever, além de outros direitos que venha esta a estabelecer, exceto, evidentemente, o de estabilidade permanente ou plena que daria margem a um *bis in idem* inadmissível com a indenização compensatória como aliás se vê da disciplina provisória que encontra nos incisos I e II do art. 10 do ADCT.” (RE 179.193, Rel. p/ o ac. Min. Moreira Alves, julgamento em 18-12-1996, Plenário, DJ de 19-10-2001.). Esta posição do STF não condiz com o próprio texto constitucional, na medida em que não se divisa incompatibilidade da indenização prevista no ADCT com eventual garantia no emprego que se possa estabelecer, mesmo porque a norma é de conteúdo transitório, podendo ser adequada ao novo regime porventura criado por Lei Complementar.

se a aplicação dos princípios acima referidos e que limitam a vontade dos contratantes.

Consoante ensinamento do preclaro doutrinador e Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Delgado:

Embora a rescisão unilateral seja inerente, regra geral, aos contratos de duração indeterminada, no plano do Direito Civil, há peculiaridades a esses pactos, no plano do Direito do Trabalho. Afinal a ordem constitucional valoriza, acentuadamente, 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 Lei 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). Ora, como efetivar tais compatibilização e respeito determinados pela Constituição, se se mantém, na ordem infraconstitucional, a rescisão unilateral do contrato como mero direito potestativo do empregador? Ou seja, se se preserva, em tema de tamanhas dimensão e projeção sociais, a prerrogativa meramente potestativa de extinção do contrato, como ponto máximo de afirmação da centralidade do indivíduo no Direito e na sociedade? Há, sem dúvida, neste aspecto examinado, um claro desajuste da ordem justrabalhista infraconstitucional com princípios e regras inseridos, de modo reiterado e enfático, na Constituição da República. (DELGADO, 2012, p. 1172-1173)

A identificação, ainda persistente, da denominada denúncia vazia do contrato de trabalho onera o empregador apenas com o pagamento de indenização de 40% sobre os depósitos do FGTS, a teor do art. 10, inciso I do ADCT, além da concessão de aviso prévio e verbas proporcionais.

Não se pode acatar, entretanto, como já afirmado alhures, a aplicação da legislação infraconstitucional dissociada das normas constitucionais, impondo-se uma releitura do direito de cessação do contrato por ato unilateral, abandonando-se de vez a desgastada tese de direito potestativo concedido ao empregador.

Como teremos a oportunidade de demonstrar nos capítulos seguintes, não se torna imprescindível a repriminção do instituto da estabilidade no emprego para que alcancemos a propalada segurança jurídica nas relações de emprego. Enfatiza-se a necessidade do estabelecimento de regras para que se garanta a proteção contra o uso abusivo das dispensas, sejam elas individuais ou coletivas, que atentem contra o nosso ordenamento jurídico. Somente a partir da instalação de desses critérios

que dêem maior segurança aos contratantes, poderemos alcançar a evolução da relação jurídica de emprego.

#### 4.4 Dispensa arbitrária ou sem justa causa

Transcreve-se, em primeiro plano, a norma contida no art. 7º, inciso I, da Constituição, para podermos melhor analisar o seu conteúdo, principalmente quanto à abrangência da proteção:

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;

Estabelecida a premissa da proteção constitucional, é importante que busquemos, inicialmente, o significado das expressões “dispensa arbitrária” e “dispensa sem justa causa”, inseridas no dispositivo acima transcrito.

Passando ao largo das discussões em torno da terminologia utilizada a respeito das diversas modalidades de extinção do contrato de trabalho, (MAIOR, 2008, p. 431)<sup>25</sup> Gomes e Gottschalk, em obra clássica, definem a dispensa sem justa causa:

A rescisão do contrato de trabalho pela vontade unilateral do empregador chama-se despedida. Constitui o mais interessante modo de dissolução desse negócio jurídico, em razão das consequências jurídicas que a lei faz derivar de sua prática... (GOMES, 2008, p. 359)

Dispensa arbitrária, por sua vez, seria mais abrangente, pois contém não apenas as hipóteses de dispensas sem justa causa, como também aquelas com cunho discriminatório e abusivo.

---

<sup>25</sup> Segundo Maior: “O esforço acadêmico implementado pelos doutrinadores partiu do reconhecimento de que a relação de emprego deixa de existir por motivos variados e que as repercussões jurídicas são diversas em cada situação. Assim, considerou-se que para fins didáticos seria bom que as situações fossem identificadas por nomes específicos, a fim de permitir uma melhor compreensão da matéria. Mas, não tendo havido entre os doutrinadores uma coincidência de ideias, a intenção não atingiu a sua finalidade e o problema da designação passou a servir apenas ao deleite meramente intelectual, na busca do mérito individual de se ter encontrado a melhor fórmula dentre todas para a classificação pretendida. No fundo, apenas criou-se uma complexidade a mais na matéria que, *data vênia*, muitas vezes desvia a atenção do estudante para debates de somenos importância, o que é extremamente grave, ainda mais diante da riqueza que o assunto envolve”.

Há até autores que identificam os dois termos como sinônimos, como Neto e Cavalcante:

Dispensa arbitrária é sinônima de dispensa imotivada. Dispensa não arbitrária é a que envolve um fator objetivo a legalizar ou legitimar a atuação do empregador quanto ao término do contrato de trabalho. Seria a dispensa motivada. (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2013, p. 728)

No entanto, parece-nos clara a intenção do legislador constituinte em considerar como modalidades distintas de cessação do contrato de trabalho. Nesse contexto, apesar de conscientes do texto constitucional, imperioso reconhecer que a dispensa sem justa causa é espécie do gênero dispensa arbitrária, sendo a primeira representada pelo exercício do direito potestativo do empregador e a última, vai além, abarcando as dispensas ligadas a atos discriminatórios e com abuso de direito. Importante frisar que ambas são contrárias aos princípios e normas que regem os contratos em geral e, particularmente, os trabalhistas.

Considerando o que foi dito acima, a dispensa que se encontra em consonância com o ordenamento jurídico é a não arbitrária, ou seja, aquela que se encontra assentada em algum motivo. Quais seriam os parâmetros para sua caracterização?

Diante da ausência de parâmetros na Constituição, poder-se-ia utilizar aqueles enumerados no art. 165 da CLT, cuja norma, embora se refira à garantia de emprego de integrante da CIPA, define a dispensa arbitrária como “*a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro*”.

Dispensa não arbitrária, *a contrario sensu*, seria aquela fundada em um motivo disciplina, técnico, econômico ou financeiro.

#### **4.5 Dispensa desmotivada e arbitrariedade**

Como afirmamos no tópico anterior, a dispensa arbitrária abrange o que se entende por dispensa sem justa causa, sendo esta última considerada pela doutrina em geral como direito potestativo do empregador.

Vale observar que nosso ordenamento jurídico já possui algumas garantias no emprego, as quais possibilitam a dispensa apenas quando comprovada a falta cometida pelo empregado, incompatível com a continuidade da relação de

emprego<sup>26</sup>. O tempo em que vigorará a garantia e os requisitos para cessação do contrato de trabalho são variáveis e dependem de cada situação, o que não será objeto de detalhamento nesse trabalho por fugir ao seu escopo.

Importante frisar que estas garantias sinalizam a importância da continuidade da relação de emprego, seja em situações especiais vividas pelos empregados, como a decorrente de acidente de trabalho, seja também para preservar a sua independência no exercício de algum *munus*, como a concedida aos dirigentes sindicais, diretores de cooperativas etc.

Como se pode constatar do multicitado art. 7º, inciso I, da Constituição a necessidade de proteção extrapola as situações especiais de cada empregado, em virtude de sua situação pessoal ou da função exercida. Deve ser aplicada em todos os casos de dispensa imotivada, simplesmente porque atenta contra o ordenamento jurídico, notadamente o dispositivo constitucional em questão.

Vale observar, para aqueles que advogam que a necessidade de motivação nas dispensas seria o retorno ao antigo regime de estabilidade, o legislador infraconstitucional estabeleceu algumas proteções contra atos discriminatórios praticados no ato de admissão assim como na dispensa, sem que para isso tenha ressuscitado o regime de estabilidade. A principal norma que trata do assunto é a Lei 9029/1995.

Com suporte nessa proteção, a jurisprudência tem evoluído, restringindo a autonomia privada ao impedir a cessação do contrato de trabalho quando o empregador for portador de doença grave, consoante Súmula 443 do TST:

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

---

<sup>26</sup> A legislação trabalhista instituiu algumas estabilidades provisórias no emprego que tem por finalidade a proteção do empregado em razão de acidentes de trabalho (art. 118 da Lei 8212/91 e Súmula 378 do TST), da gestante (art. 10, II, "b", do ADCT, art. 391-A da CLT e Súmula 244 do TST) etc.; de liberdade do exercício de encargo, como os dirigentes sindicais (art. 8º, VIII, da Constituição e art. 543, § 3º, da CLT) e outros a eles equiparados. Admite-se, obviamente, estabilidades previstas em instrumentos coletivos, como a concedida a delegados sindicais e empregados com o direito à aposentadoria iminente.

Como se pode perceber, o direito potestativo do empregador de pôr fim ao contrato de trabalho pode mascarar atitudes discriminatórias, expondo ainda mais a fragilidade da relação de emprego. Impõe-se, portanto, uma nova postura dos juristas, com a disseminação da proteção contra as dispensas desmotivadas, as quais podem esconder o verdadeiro intuito da cessação do contrato.

Objeto de referência anterior, as estabilidades provisórias no emprego da gestante e em casos de acidentes de trabalho foram ampliadas, na jurisprudência para os contratos por prazo determinado, consoante entendimentos constantes das Súmulas 244 e 378, ambas do Tribunal Superior do Trabalho. Tais posicionamentos evidenciam o ânimo da mais alta Corte Trabalhista em imprimir efetividade às proteções insertas em nosso texto constitucional, em homenagem ao Princípio da Máxima Eficácia e Efetividade das Normas Constitucionais.

Vale transcrever o texto de ambos os verbetes:

SÚMULA 244. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

(...)

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado."

SÚMULA 378. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DO TRABALHO. ART. 118 DA LEI Nº 8.213/1991. (inserido item III) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

(...)

III – O empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego decorrente de acidente de trabalho prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/91.

Mesmo quando não se refere a questões relacionadas com incapacidade para o trabalho em razão de doenças ou garantias provisórias legais, a jurisprudência continua a impor limites ao poder de dispensa dos empregados em diversas oportunidades e situações, como na seguinte decisão:

**SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA MOTIVADA POR IDADE. REINTEGRAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1.** O Tribunal Regional, tendo consignado que a reclamada não poderia dispensar seus empregados imotivadamente, determinou a reintegração do reclamante porque as provas coligidas aos autos demonstraram que, entre agosto de 2007 e junho de 2008, ela teria dispensado dezenas de empregados aposentados com o intuito de renovar o quadro de pessoal. **2.** Nesse contexto, não há falar em violação do art. 173, § 1º, inc. II, da

Constituição da República, porquanto, ainda que seja possível à reclamada dispensar imotivadamente seus empregados, o direito de rescisão unilateral do contrato de trabalho não é absoluto, encontrando limites na cláusula geral de tutela da pessoa humana. **3.** Assim, não se trata de negar a existência do direito de rescisão contratual ou de criar jurisprudencialmente uma nova forma de estabilidade, mas de proteger os direitos fundamentais. O empregador, ao dispensar seus empregados movido por razões discriminatórias, exerce seu direito excedendo manifestamente os limites impostos pelo seu fim social, ofendendo os princípios constitucionais da proteção da dignidade humana, da isonomia e da não discriminação (arts. 1º, inc. III, 5º, caput, e 7º, inc. XXX, da Carta Magna). **DISPENSA DISCRIMINATÓRIA MOTIVADA POR IDADE. DANOS MORAIS. VIOLAÇÃO AO ART. 37, § 10, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO CONSTATADA.** Na hipótese, não se constata violação ao art. 37, § 10, da Constituição da República, na medida em que esse preceito não legitima a conduta adotada pela reclamada, mormente porque, além de não ter sido invocado no momento da dispensa do reclamante, não alcança as situações em que o custeio dos proventos de aposentadoria é feito pelo regime geral da Previdência Social. Recurso de Revista de que não se conhece. (BRASIL, 2011c)

Esta guinada jurisprudencial constitui um bom indicador de novos e bons ventos em torno da proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, seja na hipótese de dispensa individual, seja nas dispensas em massa, como já vem ocorrendo em diversas decisões, como poderemos avaliar mais adiante.

#### **4.6 Proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa**

Diante de tudo que foi dito, resta-nos, nesse momento, avaliar a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa no que se refere ao trabalhador individualmente considerado para, em seguida, analisarmos a sua aplicação em situações de dispensas coletivas.

Como exposto, mesmo os contratos de natureza civil são regidos por regras e princípios que vedam o abuso de direito e a má-fé, não subsistindo em nosso ordenamento jurídico a máxima *pacta sunt servanda*, pelo menos nos termos em que foi concebida. Subsistem agora, dentre as cláusulas gerais que regem os contratos, a sua função social (art. 421 do Código Civil de 2002), além da boa-fé objetiva, preconizada no art. 422 do mesmo Código, como já desenvolvido anteriormente. Vale ressaltar que esses princípios regem os contratos desde a fase pré-contratual, no momento de sua extinção (art. 472 do CC) e mesmo após esta última.

Nas palavras de Nery Júnior:

As partes devem celebrar seus contratos com ampla liberdade, observadas as exigências da ordem pública, como é o caso das cláusulas gerais (CC 2.035 parágrafo único). Isso exige mudança de mentalidade, superando-se o dogma liberal do *laissez faire, laissez passer*. Ao lado da definição jurídica de contrato (contrato é o acordo entre duas ou mais partes para constituir, regular e extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial) e da definição clássica baseada em sua função econômica (contrato é o negócio jurídico bilateral pelo qual as partes obrigam-se mutuamente à circulação de riquezas transferindo-a de um patrimônio para outro), ambas devem vir acompanhadas, agora, de outro elemento de magna importância, ou seja, a função social. Assim, circular riquezas, observada a função social desse acordo de vontades, com observância da boa-fé objetiva, da função social da empresa e da função social e ambiental da propriedade. Por isso falamos nos 'fins econômico-sociais do contrato como diretriz para sua existência, validade e eficácia'. Essa é a nova conformação do contrato civil e comercial, em sua tríplice vertente, jurídico-econômico-social, no sistema do Código Civil. (NERY JÚNIOR, 2003, p. 415-416)

Com muito mais razão o contrato de trabalho, inspirado pelo princípio da proteção, embora com raízes no Direito Civil, recebeu tratamento diferenciado, alçada que foi à Constituição a proteção aludida no art. 7º, inciso I, da Constituição.

O Direito ao trabalho faz parte do rol dos direitos fundamentais sociais, estando inserido no *caput* do art. 6º da Constituição, e os direitos dos trabalhadores principalmente no art. 7º da Constituição. Constitui-se, portanto, como direito social básico, constante, no plano internacional, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, extraindo-se verdadeira preocupação do legislador contra práticas abusivas dos empregadores. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 602)

Assim, além das cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, recebeu o contrato de trabalho a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa. Embora a proteção encontre-se expressamente inserida no art. 7º, inciso I, da Constituição, as hipóteses de rescisão que receberam a proteção seriam consideradas, de qualquer forma, contrárias aos princípios e normas hodiernos que regem as modalidades de rescisão dos contratos em geral, por constituírem abuso de direito.

Como já referido anteriormente, o art. 7º, inciso I, da Constituição Federal prevê como direito dos trabalhadores urbanos e rurais a proteção contra as dispensas arbitrárias ou sem justa causa, remetendo à posterior regulamentação por intermédio de Lei Complementar.

Todavia, como defendemos ao longo da presente pesquisa, os direitos fundamentais, notadamente aqueles com índole social, têm aplicação imediata e, portanto, plena eficácia. A norma contida no referido dispositivo não pode ser

vinculada a uma Lei Complementar para alcançar a eficácia plena, na medida em que conferiu, sem qualquer restrição, a garantia de “proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa”, conforme ensinamentos de Maior:

Da previsão constitucional não se pode entender que a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa dependa de lei complementar para ter eficácia jurídica, pois que o preceito não suscita qualquer dúvida de que tal proteção se trata de uma garantia constitucional conferida aos empregados. Está-se diante, inegavelmente, de uma norma de eficácia plena. A complementação a esta norma diz respeito aos efeitos do descumprimento constitucional. (MAIOR, 2008, p. 435)

A proteção contida na norma em questão, ainda com base na lição de Maior, transcende a sua própria eficácia – tida por alguns como contida –, considerando que a cessação do contrato de trabalho por ato unilateral e desmotivado do empregador encontra limites também nos princípios da função social dos contratos e boa-fé, além de configurar abuso de direito<sup>27</sup>. Assim, ainda que ausente a Lei Complementar, as dispensas arbitrárias ou sem justa causa são inválidas, porquanto contrárias aos princípios e normas constitucionais.

Segundo o mesmo autor:

Assim, aplicados os preceitos constitucionais e legais, sob o âmbito individual, quatro seriam, os tipos jurídicos de cessação da relação de emprego por iniciativa do empregador: a) a imotivada (que se equipara à arbitrária); b) a motivada (sem apelo a ato culposo do empregado); c) a motivada em ato culposo do empregado (art. 482, da CLT; e d) a discriminatória (prevista na Lei n. 9.029/95). (MAIOR, 2008, p. 435)

Como acima afirmado, a referência à Lei Complementar contida no art. 7º, inciso I, da Constituição não constitui óbice à proteção contra as modalidades de dispensa arbitrária ou sem justa causa. O direito encontra-se garantido pelo dispositivo, competindo à legislação infraconstitucional, posteriormente, definir, com mais precisão, as dispensas arbitrárias ou sem justa causa e impor algum outro tipo de sanção. A opção do legislador por Lei Complementar não prejudica, da mesma forma, a eficácia do comando constitucional. A supracitada opção legislativa não se

---

<sup>27</sup> A este respeito já nos referimos no item 3.3, oportunidade em que nos posicionamos na aplicação dos referidos princípios como limitadores da liberdade contratual.

encontra em escala hierárquica superior em relação à lei ordinária, apenas conta aquela com quórum qualificado para aprovação<sup>28</sup>.

De outro lado, a norma do art. 10 do ADCT não encerra proteção, pois somente criou uma forma de amenizar a perda do emprego ao incrementar a indenização do FGTS para 40% do total dos depósitos. Atua, portanto, quando já ocorrida a dispensa, ao passo que a finalidade da proteção inserta no referido dispositivo constitucional é de prevenção.

Não se restringiu, em termos práticos, o direito de o empregador resilir os contratos de trabalho ao estatuir a aludida indenização. Isto porque a baixa renda dos trabalhadores em geral, enfraquece e relativiza o intuito desmotivador da dispensa que se queira imprimir por meio da norma transitória do ADCT.

Silva, considera a norma do art. 7º, inciso I, da Constituição de eficácia contida, ou seja, aquela que produz todos efeitos, mas que são passíveis de restrição futura, quando da regulamentação. Vale transcrever o seu ensinamento (SILVA, 1995, p. 281):

O que é que fica dependendo da lei complementar: a definição da proteção à relação de emprego ou a definição do que seja despedida arbitrária ou sem justa causa? Temos para nós que a garantia do emprego é um direito, por si bastante, nos termos da Constituição, ou seja, a norma do art. 7º, I, é por si só suficiente para gerar o direito nela previsto. Em termos técnicos, é de aplicabilidade imediata, de sorte que a lei complementar apenas virá determinar os limites dessa aplicabilidade, com a definição dos elementos (despedida arbitrária e justa causa) que delimitem sua eficácia, inclusive pela possível conversão em indenização compensatória da garantia de permanência no emprego.

Assim, ao constar no art. 10 do ADCT que a proteção se limita à indenização, até que lei complementar seja editada, resolveu o problema quando se considera regular a dispensa, ou seja, coerente com o ordenamento jurídico.

Ocorre que a dispensa sem justa causa, espécie do gênero dispensa arbitrária, vai de encontro com os princípios e regras constantes de nosso ordenamento jurídico, uma vez que atribui a uma das partes da relação de emprego o poder de cessar o contrato sem qualquer justificativa, em verdadeira afronta aos princípios e normas constitucionais de proteção ao trabalhador.

---

<sup>28</sup> “Art. 69. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.”

Impõe-se, nesse contexto, sejam estabelecidos parâmetros legais para definir as hipóteses de dispensas autorizadas pelo ordenamento jurídico. Teremos, portanto, a regular cessação do contrato quando o empregador demonstrar o porquê da extinção, baseando-se em critérios objetivos, nos moldes dos utilizados para os contratos de trabalho de membros da CIPA. A cessação do contrato se daria, mas para que não fosse considerada arbitrária ou sem justa causa, deveria ser calcada em uma das hipóteses do art. 165 da CLT, utilizado de forma analógica:

- a) motivo disciplinar, constituído no comportamento do empregado que possa se enquadrar nas hipóteses previstas no art. 482 da CLT;
- b) motivo técnico, compreendido como a atualização do parque tecnológico ou inovações nos métodos de trabalho que importem em redução de pessoal (SUSSEKIND; MARANHÃO; VIANA; TEIXEIRA FILHO, 2002, p. 710);
- c) motivo econômico, relacionado com o mercado;
- d) motivo financeiro, relacionado com dificuldades em honrar com as obrigações contraídas.

Motivada a dispensa, teria o empregado direito à indenização prevista no art. 10, inciso I, do ADCT, ou seja, além dos efeitos previstos na CLT, o acréscimo de 40% sobre os depósitos do FGTS.

*A contrario sensu*, ocorrendo a dispensa sem qualquer motivação, não há cessação válida do contrato, abrindo espaço para a reintegração no emprego. O mesmo efeito se observa quando a dispensa se der por ato discriminatório, havendo opção do empregado pela reintegração, nos exatos termos do art. 4º da Lei 9029/95.

Importante indagação emerge da possibilidade de se reverter a reintegração ao emprego em indenização, caso o juiz entenda ser aquela desaconselhável ou incompatível. Souto Maior inspira-se na legislação civil para solucionar a questão:

Para responder a essa indagação é necessário recordar que nenhuma regra legal precisa existir para que a jurisprudência estabeleça os parâmetros de uma indenização, como se faz há muito tempo, aliás, na Justiça comum no julgamento das causas que têm por fundamento o art. 186 do Código Civil – dispositivo que prevê a obrigação de indenizar daquele que causar dano a outrem e que é a base jurídica, diga-se de passagem, para as ações de indenização por acidente de trabalho. Tal dispositivo não estabelece o valor da indenização e ninguém nunca negou sua eficácia porque um Decreto executivo não o tivesse regulamentado. 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. E nem se diga que o art. 186 do Código Civil não pode ser invocado neste tema porque se trata de um preceito não inserido na ordem legislativa trabalhista, e que a Justiça do Trabalho não teria competência

para aplicá-lo. Ora, o preceito mencionado está posto no Código Civil porque é neste Diploma que se encontram as regras de teoria geral do direito, teoria esta que se aplica, sem sombra de dúvida, em todos os ramos do direito não-penal, como é o caso do Direito do Trabalho. (MAIOR, 2008, p. 440)

Esclarece o mesmo autor:

Os arts. 495 e 496 da CLT são normas processuais que refletem a tradição jurídica brasileira quando se trata de dar efetividade às regras de estabilidade no emprego. Tais regras foram, sem a menor dúvida, recepcionadas pela nova ordem constitucional, até porque têm sido hodiernamente aplicadas nos casos de estabilidade no emprego, a reintegração aparecerá, inevitavelmente, como solução possível e até preferencial para o conflito em que se discuta a aplicação dessa norma. (MAIOR, 2008, p. 445)

Deflui de tudo que foi exposto neste tópico, que o ordenamento jurídico dá guarida à proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, independentemente de edição de Lei Complementar – que, no entanto, deveria ser editada, para tornar mais claros e menos questionados os efeitos do descumprimento do preceito constitucional.

Resta-nos, por fim, antes de tratarmos da dispensa coletiva e seus efeitos na sociedade, procurar esclarecer que a proteção aqui defendida não resulta em abusiva interferência nas relações privadas. Ao se estabelecer limites à dispensa por parte do empregador não se está fazendo mais do que se entende por razoável na cessação de um contrato de trabalho. Ora, se há dispensa, ela deve ser calcada em algum motivo. Se não há motivo, ela é irregular por afrontar o art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, devendo ser declarada nula, por imperativo legal.

O que foi explanado não se confunde, entretanto, com estabilidade ou qualquer outra garantia de emprego. O que preconiza o dispositivo constitucional é a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa e não a sua abolição. Pretende-se obter do empregador a justificativa para a dispensa, pelo simples fato de, inexistindo motivo, esta não deve ser reputada válida, até mesmo por segurança jurídica.

A questão que se revela importante é de adotar os parâmetros previstos no art. 165 da CLT, como forma de se evitar motivações subjetivas para a dispensa. Nem se diga que se estaria imprimindo eficácia à norma utilizando-se de malabarismos jurídicos. O que defendemos aqui é a utilização regular do direito

pelas partes contratantes, homenageando também os princípios da função social do contrato e da boa fé objetiva, os quais figuram como cláusulas gerais dos contratos.

Dessa forma, ao nos valer da regra inserta no art. 165 da CLT tornamos claros os critérios que devem ser utilizados pelas partes quando da extinção do contrato que não tenham como motivo a culpa do empregado. Caso haja exercício do direito de ação por parte do empregado, caberá ao empregador fazer prova do(s) motivos(s) que levaram à sua dispensa, nada mais.

## 5 DISPENSA COLETIVA

### 5.1 A proteção aos trabalhadores inserta no art. 7º, I, da CR

Como já desenvolvemos no capítulo anterior, a proteção plasmada no dispositivo constitucional epigrafado possui eficácia plena e impõe restrições à dispensa arbitrária ou sem justa causa nas relações individuais de trabalho.

Nessa mesma linha de ideias, podemos concluir que a dispensa coletiva, também denominada *lay-off*, detém proteção até certo ponto análoga, mas, diante da repercussão social decorrente, seu significado, sua importância e seu fundamento parecem ainda mais contundentes.

Mas, em que consiste a dispensa coletiva?

Importante ressaltar que, quando nos referimos a esta modalidade de dispensa, não estamos restringindo a abordagem apenas em razão do número de empregados dispensados, embora a expressão numérica seja componente dela. Costuma-se, entretanto, distingui-la da dispensa plúrima, sendo esta constituída por dispensas individuais, sem qualquer encadeamento entre elas, inexistindo uma origem comum. Seria um feixe de despedidas individuais. Malgrado a definição de Delgado no sentido de que “a despedida coletiva atinge um grupo significativo de trabalhadores vinculados ao respectivo estabelecimento ou empresa, configurando uma prática maciça de rupturas contratuais (*lay-off*)”. (DELGADO, 2012, p. 1176)

Parte da doutrina acrescenta que esta modalidade de despedida deve representar uma necessidade da empresa em reduzir o quantitativo de pessoal, de forma definitiva. Assim, por exemplo, o desinteresse de determinada indústria em continuar explorando uma matéria prima em uma região poderá levar à extinção do estabelecimento ou à sua migração para outros locais, resultando no desemprego de diversos trabalhadores.

Com base neste aspecto, a jurisprudência também define dispensa coletiva como aquela em que há várias dispensas em um estabelecimento, com a extinção dos respectivos postos de trabalho. Nesse contexto, impõe-se, em primeiro lugar, verificar qual o índice normal de rotatividade de empregados em determinada empresa para, aí sim, definir se se trata de dispensa coletiva ou plúrima.

Para esta vertente, não basta a constatação da dispensa de vários empregados vinculados a uma determinada empresa, para que sejam consideradas

abusivas. A despedida, ainda que de vários empregados, não receberia a devida atenção do ordenamento jurídico, quando se enquadrar no *turnover*<sup>29</sup> usual da empresa.

O Tribunal Superior do Trabalho, ao analisar Dissídio Coletivo cujo objeto era a dispensa coletiva adotou a distinção entre as dispensas coletiva e plúrima, sinalizando que o número de empregados despedidos não constitui abuso de direito quando se encontra no giro normal de empregos, fundamentando:

Corroborar tal ilação a argumentação apresentada pela Empresa, segundo a qual as demissões dos 180 empregados, num interregno de 3 a 4 meses, 'estão dentro dos parâmetros da mais absoluta normalidade de fluxo de mão de obra da empresa'. Destaca-se dos autos, ainda, que elas se sucederam em período de incremento de produção e recuperação de postos de trabalho, num quadro de flutuação normal de mão de obra. Não se verifica, aqui, portanto, fato único, seja ele de ordem econômica, tecnológica ou estrutural que pudesse moldar o caso à hipótese de demissão em massa. Trata-se, na espécie, de dispensa plúrima. (BRASIL, 2013)

A Ministra Relatora do supracitado recurso se rende à limitação da proteção do art. 7º, inciso I, da Constituição à medida compensatória do ADCT, mas adverte que "tal opção política, todavia, não tem se revelado como instrumento hábil e eficaz à proteção contra despedida imotivada. É o pagamento da indenização em detrimento da qualificação e valorização do empregado que prevalece." (BRASIL, 2013)

Ora, constatada a ineficácia da suposta reparação por meio de indenização, até mesmo porque não constitui proteção, mas mera medida compensatória, esta deve ser efetivada em todas as situações de dispensas, individuais, plúrimas ou coletivas, adotando aqui a distinção acima referida. Não se pode conceber, como ato de normalidade, a dispensa de um grande número de trabalhadores como se estivesse dentro do fluxo de mão de obra da empresa.

Não se pretende limitar a definição e importância da dispensa coletiva apenas em razão de sua expressão numérica. Não se pode deixar de admitir que as dispensas e contratações fazem parte das variações do mercado de trabalho, em que aqueles que estão trabalhando são dispensados e outros contratados em seu lugar. É a felicidade de alguns em detrimento daqueles que ali deixam de trabalhar.

---

<sup>29</sup> Significa a relação entre as admissões e dispensas nas empresas.

Obviamente que numa sociedade em que se busca o pleno emprego, nesta situação, há uma flutuação normal dos trabalhadores. Não se pode, por outro lado, simplesmente ignorar a dispensa de um grande número de trabalhadores, pois este ato traz inúmeros prejuízos à comunidade em que ocorreu o fenómeno.

Mesmo que se considere para efeitos de caracterização da “dispensa coletiva” quando o número de empregados despedidos extrapolar o nível de rotatividade normal da mão de obra de determinada empresa, tal aspecto não pode ser adotado de forma isolada. Deve-se avaliar, no caso concreto, as razões para, por exemplo, uma empresa possuir alta rotatividade de trabalhadores, fato que reforça a necessidade de motivação de todas as dispensas.

Não se pode olvidar que as empresas hoje migram para locais em que há maior lucratividade, a mão de obra lhe proporciona redução de custo, ou mesmo as benesses de governos que, seduzidos pela possibilidade de criação de empregos e desenvolvimento regional, concedem inúmeros incentivos para as corporações.

Ocorre que, ao menor sinal de crise ou redução da lucratividade, sempre com norte na “maximização dos lucros e socialização dos prejuízos” já aventam a possibilidade de deslocamento para outra localidade.

Sem o menor pudor, fecham as portas e partem para nova exploração, como se a população estivesse ali para se submeter às necessidades da corporação que suga toda a vitalidade para, em seguida, partir para sorver a vida de outros “mundos” em uma verdadeira onda de dominação, mas sem heróis para defender os dominados.

De outro lado, mesmo quando não se verifica claramente sinais de crise econômica, com a indústria em franca expansão, podem ocorrer dispensas coletivas. Qual seria o intuito? Poderiam as empresas justificar com a necessidade de reorganização administrativa (Reengenharia), sempre almejando a redução de custos o que leva, muitas vezes, à redução de pessoal e extinção de postos de trabalho. Podem acobertar também a perda salarial, ou seja, por detrás de atos “legítimos” do empregador ao dispensar e quitar as verbas rescisórias, estaria a real motivação: estariam os empregados antigos e caros sendo substituídos, inclusive, com o corte de postos de trabalhos.

Detectada a dispensa coletiva esta será inválida do ponto de vista da proteção inserta no art. 7º, inciso I, da Constituição, diante da antijuridicidade do ato.

Isto porque viola os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, além de constituir abuso de direito.

O Tribunal Superior do Trabalho embora tenha declarado o direito de o empregador efetuar as dispensas coletivas, estabeleceu como premissa indispensável a negociação coletiva. O acórdão proferido em sede de Dissídio Coletivo de natureza jurídica tornou-se emblemático quando se trata desse fenômeno. Vale aqui transcrever excerto da ementa:

[...]

**DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS.** A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por de tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro (s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, *para casos futuros*, de que “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”, observados os fundamentos supra. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial. (BRASIL, 2009a)

Os Sindicatos, portanto, possuem papel indispensável na prevenção das dispensas coletivas, antevendo situações e inserindo amarras nos Acordos e Convenções Coletivas. Insta salientar que a entidade sindical deve participar, caso ocorra alguma situação que poderia levar à dispensa maciça de empregados, na busca de soluções alternativas no sentido de preservar o emprego e não apenas compensatórias para amenizar os efeitos do desemprego.

Mas como sustentar este importante papel dos sindicatos com o seu próprio enfraquecimento? A multiplicação de entidades sindicais e os efeitos da terceirização de serviços contribui para a desunião das categorias, dificultando cada vez mais a atuação efetiva na proteção dos direitos trabalhistas. Preocupados com a presente crise e a necessidade de sobrevivência, alguns sindicatos apresentam hoje

sinais evidentes de legitimação da onda flexibilizante dos direitos trabalhistas, atuando alguns, inclusive, com ajuda financeira das empresas<sup>30</sup>.

Necessário, pois, o fortalecimento dos sindicatos para reforçar a sua atuação na defesa e extensão de direitos sem deixar-se seduzir pela ingerência financeira por parte das empresas. Adverte Viana:

Se o sindicato está em crise, então terá de se reinventar. Para isso, precisa observar o que acontece à sua volta, olhando para as outras coisas do mundo.

Ora, o que o mundo estará dizendo ao sindicato?

Talvez esteja lhe dizendo para se mexer mais, inovar sempre, fazer-se diferente a cada dia. Observar com atenção, por exemplo, os novos movimentos de rua – como os flash mobs – e a experiências das redes. Aprender a ser mais movimento do que sindicato, talvez um pouco como eram as antigas coalizões. (VIANA, 2013, p. 148)

Não somente os sindicatos, mas os órgãos da Administração Pública também devem ter participação decisiva nas medidas de prevenção, notadamente o Ministério do Trabalho, cujas atribuições permitem a atuação nesse campo.

Aliás, noticia Mannrich que a atuação do Ministério é tímida no Brasil, mas algumas providências ao longo da história recente do Brasil foram por ele registradas. Segundo o autor, na década de 1980, quando o Brasil passava por profunda crise e submetida a economia a inúmeros planos econômicos, a dispensa coletiva era alvo de preocupação do Ministério do Trabalho, momento em que editou a Portaria 3218/87, concedendo àquele órgão competência para apresentar soluções alternativas, caso detectada a possibilidade de dispensa coletiva.

Segundo ainda o autor, se inevitável a dispensa, mesmo depois de propostas soluções, como redução de jornada, antecipação de férias ou concessão de férias coletivas “*estabelecia critérios a serem observados, levando-se em conta a seguinte ordem: adesão voluntária; solteiros com menor tempo de serviço; aposentados; aposentáveis, ou seja, aqueles em condição de obter a aposentadoria. Além disso, cabia às empresas manter a assistência médica dos demitidos, por um determinado período.*” (MANNRICH, 2000)

---

<sup>30</sup> Esta situação vem ocorrendo por meio de normas coletivas em que as empresas financiam os sindicatos fato que, aos olhos de alguns, afronta o disposto na Convenção nº 98 da OIT (Art. 2º, item 2), no sentido de que “serão particularmente identificados a atos de ingerência, nos termos do presente artigo, medidas destinadas a provocar a criação de organizações de trabalhadores dominadas por um empregador ou uma organização de empregadores, ou a manter organizações de trabalhadores por outros meios financeiros, com o fim de colocar essas organizações sob controle de um empregador ou de uma organização de empregadores”.

Sem analisar a eficácia das medidas que poderiam ser adotadas pelo Ministério, o certo é que a preocupação da Administração Pública já se manifestava através de atos administrativos, antes mesmo do advento da Constituição de 1988.

Voltando à necessária atuação dos sindicatos tal qual definida pelo Tribunal Superior do Trabalho, impõe-se seja ela procedida na proposição de medidas que impeçam a sua ocorrência e não apenas estabelecendo indenizações e outras medidas que se limitam à amenização dos efeitos da dispensa. Necessário se torna, portanto, avaliar o papel da negociação coletiva nessas dispensas ou, ainda mais importante, na prevenção.

## **5.2 O papel da negociação coletiva contra as dispensas em massa (até onde tem o papel de proteção?)**

No voto exarado cuja ementa foi transcrita acima, o Ministro Relator Maurício Godinho Delgado, expõe com maestria a invalidade da dispensa coletiva sem a necessária e prévia negociação coletiva. Para o Ministro trata-se de ato que deve ser praticado *si ne qua non* para validade da dispensa.

Anteriormente, discutimos o papel do Sindicato nas situações de crise, antevendo-a e propondo medidas para solução, sendo despropositada a atuação da entidade sindical quando já não há o que fazer a não ser inserir nos Acordos Coletivos medidas compensatórias, como indenizações ou a garantia de recontração dos empregados dispensados.

Não se está aqui negando a importância dessas cláusulas quando inevitáveis as dispensas, o que nos leva a refletir até que ponto as normas coletivas atuam como fator de proteção nessas situações extremas.

Não há como desconsiderar a crise de representatividade dos sindicatos. Hoje, como já dito anteriormente, ressentem de adesão dos trabalhadores. Houve um enfraquecimento em todos os níveis da representação sindical, seja nas unidades sindicais, federações ou mesmo centrais sindicais<sup>31</sup>.

Como já se pronunciou em diversas oportunidades Viana (2004, p. 19-22), os sindicatos foram afetados pelas modificações no mundo do trabalho, considerando

---

<sup>31</sup> A Lei nº 11.648, de 31 de março de 2008 reconheceu as centrais sindicais como entidades de representação dos trabalhadores.

que as empresas hoje enxutas e com suas atividades terceirizadas já não servem como ponto de união dos trabalhadores, como se dava nas indústrias do período fordista.

Nesse contexto de crise e enfraquecimento como se efetivará a premissa da negociação coletiva para fins de prevenir/amenizar a dispensa coletiva? Corremos risco de facilitar as referidas dispensas, voltando ao lugar comum das ações reparatórias que nem sequer se prestam a verdadeiras reparações. Dependendo do que for ajustado nos instrumentos coletivos, os sindicatos serão utilizados como legitimadores das dispensas, perdendo a própria legitimidade em relação à categoria que representam.

Parte-se da ideia de que, com a presença do sindicato, estariam os empregados assistidos – e lavam-se as mãos. Todavia, hoje, o simples fato de se tratar de um ente coletivo não garante a equivalência de forças.

Além de se revelarem uma estratégia para redução de custos e, também, para escapar de territórios onde a ação sindical é mais forte, as dispensas coletivas, mesmo enquanto simples possibilidade, ajudam a instalar um clima de insegurança ou de medo, o que contribui não só para aumentar o poder diretivo, como para inibir a resistência, enfraquecendo, por tabela, o Direito do Trabalho como um todo.

Malgrado seja o início de uma jornada em busca da eficácia plena do art. 7º, inciso I, da Constituição, condicionar a validade das dispensas coletivas à prévia negociação coletiva não impedirá que elas se efetivem e agora sob o beneplácito das entidades sindicais.

Na história recente das dispensas coletivas no Brasil, vê-se que, mesmo com a atuação do sindicato prestando assistência, foram elas efetivadas, muito embora com algumas disposições compensatórias, as quais, como defendemos aqui, não atendem ao comando do art. 7º, inciso I, da Constituição, por se tornarem devidas quando já consumado o ato.

### **5.3 Considerações a respeito da Convenção 158 da OIT**

A Convenção 158 da OIT foi aprovada por meio do Decreto Legislativo nº 68 de 17 de setembro de 1992, tendo sido ratificada em 04 de janeiro de 1995, quando a Missão Permanente do Brasil em Genebra depositou o instrumento na OIT. Sua

eficácia jurídica deu-se a partir do Dec. 1855 de 10 de abril de 1996, com a publicação do texto oficial.

Não se pretende nesta seara discutir a respeito da constitucionalidade da referida Convenção, ou mesmo a regularidade da denúncia promovida pelo Presidente da República. Limitaremos a comentar a tentativa de re-ratificação da Convenção e, principalmente, a possibilidade de se utilizá-la como fonte de inspiração para estabelecer critérios para a proteção perseguida.

A ratificação da Convenção 158 da OIT com a publicação do Decreto 1885/1996 gerou efeitos que possivelmente não foram previstos. Vários juízes passaram a entender que ela proporcionava uma estabilidade, no mínimo, semelhante a dos cipistas e, desse modo, determinavam a reintegração dos reclamantes. Criou-se naquele momento a falsa noção de que o antigo regime de estabilidade no emprego havia retornado.

É verdade também que os Tribunais Regionais do Trabalho, ao analisar os recursos, proferiam decisões contrárias à sua aplicação por incompatibilidade com o nosso ordenamento jurídico, como se extrai do Acórdão a seguir:

EMENTA: CONVENÇÃO 158 DA OIT - APLICAÇÃO -DISPENSA ARBITRÁRIA - NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR. Embora, desde 05/01/96, o Brasil, para a comunidade internacional e, em especial, para a OIT, já estivesse em posição de responder pelas obrigações decorrentes da ratificação da Convenção 158 (por isso, os 12 meses a que se refere o seu art. 16), no âmbito interno, para os nacionais, esta somente adquiriu sua eficiência, pelo menos em tese, a partir de sua publicação oficial, em 11/04/96, o que, todavia, não basta para recepcioná-la como norma regulamentadora de dispensa ou de manutenção do emprego. Isto porque, no direito pátrio, a tutela contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa exige previsão em lei complementar, e, também, pela própria Convenção como fonte indireta de direito, a sua execução se dará "através de legislação nacional", como se infere do disposto no seu art. 19, no. 5, letra "d". O País está, pois, perante a comunidade internacional, na medida em que, ao retificar aquele texto, obrigou-se, necessariamente, a tornar as medidas necessárias para torná-lo efetivo. (MINAS GERAIS, 1996)

Talvez em razão da interpretação perpetrada por muitos juízes, houve forte reação do setor empresarial. Tanto que o Supremo Tribunal Federal foi acionado e declarou, em sede de liminar é verdade, a incompatibilidade do instituto com o nosso ordenamento jurídico, uma vez que o art. 7º, inciso I, da Constituição deveria ser regulamentado por Lei Complementar e o *status* dos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil seria de lei ordinária.

Como já afirmado acima, optamos aqui por não abordar o tema da subsistência da eficácia da Convenção 158 da OIT, depois da denúncia pelo Presidente da República, por meio do Decreto 2100/96. Isto porque, mesmo inexistindo a Convenção 158 da OIT, o nosso ordenamento jurídico, sem a necessidade de grande esforço interpretativo, proíbe as dispensas arbitrárias ou sem justa causa.

Não obstante, importante observar que importantes segmentos da sociedade organizada ainda lutam pela eficácia da Convenção 158 da OIT, seja por meio da arguição de inconstitucionalidade do Decreto 2100/96<sup>32</sup>, seja também por intermédio de nova tentativa de ratificação do texto da aludida convenção, o que tornaria sem objeto referida arguição de inconstitucionalidade (VIANA, 2007, p.442-443). Não se pode deixar de registrar, entretanto, a posição de alguns doutrinadores em relação à autonomia do Presidente da República para denunciar a Convenção da OIT<sup>33</sup>.

Quanto ao envio de mensagem ao Congresso Nacional para nova ratificação da Convenção 158, esta proposição recebeu parecer contrário na Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, seguindo para a Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público, onde o relatório foi favorável, mas o parecer final foi também pela rejeição (BRASIL, 2014). Pela morosidade da tramitação, diminuem-se as esperanças de um desfecho favorável.

A este respeito se pronunciou Viana:

Em meados do ano passado, o projeto obteve parecer contrário junto à Comissão de Constituição e Justiça, o que não impede que o Plenário o aprecie. A partir de então, porém, as centrais mudaram de estratégia. A idéia passou a ser a de fortalecer a tese da proteção ao emprego junto à sociedade, para só depois voltar à carga no Congresso. As eleições municipais também arrefeceram um pouco os ânimos, deslocando o foco das atenções. Na época em que atualizávamos este artigo (segundo

---

<sup>32</sup> A CONTAG e a CUT impugnaram a denúncia da Convenção 158 por meio da ADI 1625, arguindo a inconstitucionalidade do Decreto 2100/96, sob o fundamento de que só o Congresso Nacional poderia autorizar a denúncia, uma vez que foi o órgão ratificador (artigo 49, I, da CF). Atualmente, o processo encontra-se sob a análise da Ministra Ellen Gracie.

<sup>33</sup> Este é o entendimento de PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; STEPHAN, Cláudia Coutinho. A ordem constitucional brasileira e a aplicação direta do inciso I do art. 7º; O Direito Internacional, e a proibição das dispensas coletivas. *In* Direitos Fundamentais & Justiça – ano 5, nº 15, p. 106-123, abr./jun. 2011: “Entende-se que tanto o Presidente da República quanto o Congresso Nacional têm autoridade para denunciar um tratado internacional sem que precise(m) um do outro; efetivamente, esta autoridade pode ser exercida sem a participação do outro responsável pelo *treaty-making-power*, e isto ocorre pelo seguinte: se, para fazer sustentar um tratado em seu berço de nascimento são necessárias duas vontades concordantes (a do Presidente e a do Congresso), então a falta de uma destas vontades sustentadoras faz tombar o acordo internacional.”

semestre de 2009) tudo continuava parado. Com isso, as esperanças se voltavam para o STF.

Malgrado o fato de a ADI 1625 encontrar-se pendente de julgamento, inclusive com votos a favor da inconstitucionalidade do Decreto presidencial acima referenciado, a demora na tramitação diminui a esperança quanto ao resultado prático.

Resta-nos, portanto, como proposto na abertura deste tópico, buscar na Convenção da OIT – independentemente de sua re-ratificação ou não – inspiração para definição de critérios para definir de forma acertada e coerente com o ordenamento jurídico para proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Aliás, há até quem defenda a utilização das Convenções não ratificadas como fonte do Direito do Trabalho. O Enunciado 3, I, aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho realizado em 23 de novembro de 2007 foi nesse sentido:

### 3. FONTES DO DIREITO NORMAS INTERNACIONAIS.

I - FONTES DO DIREITO DO TRABALHO. DIREITO COMPARADO. CONVENÇÕES DA OIT NÃO RATIFICADAS PELO BRASIL. O Direito Comparado, segundo o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, é fonte subsidiária do Direito do Trabalho. Assim, as Convenções da Organização Internacional do Trabalho não ratificadas pelo Brasil podem ser aplicadas como fontes do direito do trabalho, caso não haja norma de direito interno pátrio regulando a matéria.

A estigmatizada Convenção 158 da OIT não constitui retrocesso nas relações e não ressuscita a estabilidade por tempo de serviço. Pelo contrário, estabelece critérios para a dispensa, sejam as individuais ou coletivas, homenageando os princípios da função social dos contratos e da boa-fé. Se a resistência é grande quanto à sua efetividade, não há como desprezar os movimentos doutrinário e jurisprudencial no sentido de relativizar o poder de rescisão dos contratos.

Caso não tivesse se instaurado tamanha celeuma em torno da ratificação da Convenção 158 da OIT, ratificada por tantos países, teríamos importante instrumento na harmonização da relação jurídica de emprego. Pertinente a colocação de Muniz e Renault:

A Convenção n. 158 da OIT tem como objeto a proteção contra despedida imotivada, estabelecendo como condição para a extinção contratual a existência de causas socialmente justificadas, como as fundadas no desempenho ou comportamento do empregado, bem como em

necessidades atinentes ao funcionamento das empresas. Da leitura do artigo 4º percebe-se, com facilidade, que a matéria objeto da Convenção n. 1584 é a mesma do inciso I do artigo 7º da Constituição da República. Desse modo, a proteção ao emprego consiste em uma medida de amparo ao empregado, imunizando-o do exacerbado e praticamente ilimitado poder resiliatório da empregadora. (MUNIZ; RENAULT, 2008, p. 85-91)

De outro lado, se observarmos o teor da aludida convenção, conclusão inevitável é no sentido de que se aproxima do art. 165 da CLT, cujo conteúdo utilizamos para definir as dispensas arbitrárias ou sem justa causa.

#### **5.4 A eficácia do art. 7º, I, da CR contra a dispensa coletiva e as propostas de regulamentação em trâmite no Congresso Nacional**

Invocando as lições de Sarlet, procuramos ao longo do presente trabalho delinear a proteção inserta no art. 7º, inciso I, da Constituição, o que nos levou a concluir pela sua aplicação imediata, dotado que se encontra de eficácia plena.

Nessa ordem de ideias, as dispensas arbitrárias ou sem justa causa, mesmo as individuais e, sobretudo as coletivas, são inválidas, uma vez que o ordenamento jurídico não admite o exercício unilateral e abusivo do direito de fazer cessar o contrato de trabalho.

Apenas para reforçar tudo que foi dito anteriormente a respeito da aplicabilidade imediata e a eficácia plena do art. 7º, inciso I, da Constituição, trago a lume o ensinamento de Almeida, o qual, advoga a impossibilidade de permanência do direito unilateral do empregador em rescindir o contrato de trabalho, considerando a proteção emanada do dispositivo em questão:

No entanto, é de indagar-se se essa liberdade contratual de despedir em massa, mesmo sem legislação trabalhista que a limite e dela exija a comprovação prévia de motivo justo e relacionado a uma causa objetiva da empresa, de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural, prevalece face ao direito fundamental social da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, tal qual previsto pelo artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, e também face ao paradigma da ilicitude contratual por abuso de direito, em razão da violação da cláusula geral da boa-fé objetiva e de seus deveres anexos, conforme prescrevem os artigos 187 e 422 do Código Civil de 2002. As doutrinas constitucional e trabalhista modernas em matéria de direitos humanos, que foram internalizados constitucionalmente como direitos fundamentais, tanto os de primeira geração, chamados direitos individuais ou da cidadania, como os de segunda geração, chamados direitos sociais, debatem se a eficácia horizontal de tais direitos fundamentais nas relações privadas, e,

em particular, os direitos fundamentais sociais de trabalho dá-se de forma direta e imediata ou indireta e mediata, na busca de sua máxima efetividade técnica e social. (ALMEIDA, 2014)

Existem inúmeros projetos de lei complementar com vistas a regulamentar para regulamentação do art. 7º, inciso I, da Constituição. Alguns projetos têm conteúdo inócuo, pois nada regulamentam, como o “Projeto de Lei Complementar nº414, de 2008, (do Sr. Laércio Oliveira)”, em que o deputado lista as hipóteses de dispensa e prevê o recebimento de indenização, nos seguintes termos:

Art. 4º A *despedida* arbitrária ou sem justa causa im- portará na devida indenização ao empregado, sem prejuízo de outros direitos previstos na legislação de regência.

**PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR No 289, DE 2008** (Do Sr. Augusto Carvalho)

**Regulamenta o art. 7o, inciso I, da Constituição Federal e dispõe sobre a despedida arbitrária do trabalhador.**

**Despacho:** Apense-se à(ao) PLP- 33/1988.

**Apreciação:** Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1o A proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa de trabalha- dores, urbanos e rurais, prevista no art. 7o, inciso I, da Constituição Federal, fica regulada nos termos desta Lei Complementar.

Art. 2o O empregado não poderá sofrer de- missão imotivada, entendendo-se como tal a que não se fundar em falta grave ou relevante motivo econômico.

§ 1o Caso a razão invocada não seja comprovada pelo empregador, em ação judi- cial trabalhista, será assegurada a reintegra- ção do empregado despedido, com todas as vantagens legais ou contratuais, inclusive o recebimento dos salários do período de afastamento.

§ 2o O não cumprimento da decisão ju- dicial de reintegração importará em multa di- ária de 2/30 do salário mensal, em favor do empregado, sem prejuízo da remuneração devida em dobro.

§ 3o Poderá o juiz conceder medida li- minar de reintegração até decisão final do processo em reclamações trabalhistas que visem a tornar sem efeito despedida arbi- trária.

§ 4o Caso não manifeste interesse pela reintegração, o trabalhador demitido injusta- mente poderá optar por receber indenização no valor de um salário mensal para cada ano de trabalho efetivamente realizado.

§ 5o Para aqueles que tiverem, no ato da demissão, mais de dez anos de serviços prestados, a indenização deverá ser de duas remunerações mensais para cada ano efetivo de trabalho. Art. 3o O pedido de demissão deve ser assistido pelo sindicato e, na falta deste, sucessivamente, pela autoridade do Ministério do Trabalho, Justiça do Tra- balho, Defensor Público ou Juiz de Paz.

Art. 4o Para fins do disposto no art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Consti- tuição Federal, na hipótese de despedida sem justa causa, fica assegurado, por parte do empregador, o depósito da importância equivalente a quarenta por cento do montante de

todos os depósitos realizados na conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia do tempo de Serviço, previsto na Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990.

Art. 5º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

#### **Justificação**

Trabalhadores brasileiros aspiram, há anos, por uma legislação que impeça a demissão imotivada. Constantemente, em assembleias trabalhistas, são aprovadas resoluções favoráveis à estabilidade, à garantia no emprego, numa afirmação constante de que é primordial a defesa do emprego, antes mesmo de quaisquer outras vantagens.

Na realidade, uma vez que o trabalhador pode ser demitido imotivadamente, inexistente direito do trabalho, pois nenhum empregado se sente em condições de reclamar obrigações legais não atendidas sendo que, para reclamar contra o descumprimento legal buscando parcelas suplementares devidas, fica sujeito a perder o principal, o emprego.

Em geral, os trabalhadores, enquanto com os contratos de trabalho em vigor, não reclamam contra as violações legais que lhes são infligidas. O empregador pode não pagar horas extras, adicional noturno ou de insalubridade e, até mesmo, reduzir salários, ainda assim, é comum o empregado nada reclamar para não perder o emprego. A Justiça do Trabalho está abarrotada de processos de ex-empregados, mas poucas dessas reclamações trabalhistas ocorrem durante o vínculo empregatício.

A estabilidade, consagrada no art. 492 da Consolidação das Leis do Trabalho, apenas garantia a vantagem a partir do décimo ano de prestação de serviços e, por isso, devia ser aprimorada.

Em vários países encontram-se consagrados sistemas jurídicos de proteção contra a demissão imotivada, em legislações ou convenções coletivas. Esse é o nosso propósito, de forma a atender justas e antigas reivindicações da sociedade brasileira, que restringe a duas as causas da possibilidade de dispensa do empregado: falta grave; e relevante motivo

econômico. Sendo o emprego o que há de mais fundamental para o cidadão, pois é sua própria fonte de vida e sobrevivência familiar, a rescisão contratual deve ser cercada de proteção, só se admitindo a dispensa em condições excepcionais.

Necessário se faz, também, que a legislação estabeleça instrumentos ágeis para solução de conflitos, a critério do juiz, garantindo a reintegração por meio de medida liminar, até a decisão final do processo.

Nessa linha, foi elaborada a presente proposta, cuja redação é fruto de esforço conjunto de parlamentares, dirigentes sindicais e especialistas no tema, além da ímpar contribuição do Departamento Intersindical de Assessoramento Parlamentar – DIAP, que tem buscado, em vários níveis, o encaminhamento de propostas em benefício da classe trabalhadora.

Pelo exposto, solicito o apoio de todos os nobres parlamentares que, comprometidos realmente com os interesses do cidadão, queiram nos acompanhar na adoção dessa medida, que consideramos das mais relevantes.

Sala das Sessões, 17 de abril de 2008. – Deputado **Augusto Carvalho**, PPS-DF.

#### **5.4.1 O controle das dispensas coletivas pelo Judiciário**

Já citamos anteriormente a necessidade de envolvimento de todos os segmentos da sociedade na prevenção às dispensas coletivas, tanto que nos

referimos à atuação do Ministério do Trabalho, do Ministério Público do Trabalho e, também dos Sindicatos.

As atuações desses entes, ainda que com todos os problemas e restrições já expendidas, podem ser decisivas na busca de alternativas às dispensas coletivas. Não se pode, contudo, deixar ao talante de autoridades administrativas e ao Sindicato a incumbência de atuar na prevenção das dispensas coletivas.

O Judiciário, já afirmamos anteriormente, no contexto de uma nova ordem constitucional tem papel decisivo na efetividade dos direitos fundamentais. Este ativismo pode ser facilmente constatado em decisões recentes do Supremo Tribunal Federal, suprindo, em alguns casos, a omissão legislativa e, em outros, precipitando a regulamentação de direitos, como foi o caso do aviso prévio proporcional<sup>34</sup>.

Da mesma forma, em situações que envolvam alegações de dispensas coletivas, a atuação do Judiciário pode redefinir o cenário de proteção do trabalhador, relativizando o direito de o empregador rescindir o contrato de trabalho por ato unilateral. Obviamente que não se pretende excluir a salutar negociação entre os entes coletivos (sindicatos e, por vezes, com a intermediação de órgãos oficiais como o Ministério do Trabalho e as Procuradorias Regionais do Trabalho).

O Desembargador do Trabalho aposentado e Professor da nossa Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) Antônio Álvares da Silva afirma ser proveitosa a tentativa de negociação entre os interessados, como medida inicial de prevenção das dispensas. Proveitosa, mas não suficiente, podendo ser provocado o Judiciário a se pronunciar e intervir, sendo que:

A intervenção do Judiciário pode fazer-se de dois modos: primeiramente, para instrumentalizar a negociação entre as partes que, neste campo, [é] fundamental, para se obter um possível acordo. Se for necessário sustar a dispensa coletiva para se atingir este fim, o juiz ou tribunal estarão agindo dentro do poder que lhes confere o CPC, no art. 125, IV: tentar, [a] qualquer tempo, conciliar as partes. (SILVA, 2009, p. 657.)

Afirma o insigne professor que, frustradas as tentativas de uma solução conciliatória, o Judiciário poderá verificar se a causa apontada para a dispensa coletiva se encontra presente.

---

<sup>34</sup> Remetemos o leitor ao item 2.3.1 supra.

O instrumento processual que tem sido utilizado para impugnação às dispensas coletivas é o Dissídio Coletivo de Natureza Jurídica, procedimento criado no seio da jurisprudência, como forma, originariamente, de proceder-se à interpretação das normas coletivas (sejam acordos, convenções coletivas ou sentenças normativas) e também leis dirigidas a determinada categoria.<sup>35</sup>

Não descartamos, entretanto, a legitimidade do Ministério Público do Trabalho<sup>36</sup> e das entidades sindicais para proporem Ação Civil Pública ou Ação Coletiva na defesa dos direitos de determinada categoria.

O Enunciado 2, aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho realizado em Brasília, em 23 de novembro de 2007 resume bem a atuação necessária do Judiciário quanto à proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS – FORÇA NORMATIVA.

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

II - DISPENSA ABUSIVA DO EMPREGADO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. NULIDADE. Ainda que o empregado não seja estável, deve ser declarada abusiva e, portanto, nula a sua dispensa quando implique a violação de algum direito fundamental, devendo ser assegurada prioritariamente a reintegração do trabalhador.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Tal posicionamento, entretanto, não se encontra isento de críticas, como a tecida por SILVA, Antônio Álvares da. Dispensa coletiva e seu controle pelo Poder Judiciário. Revista LTr 73, n. 06, p. 666. Não obstante os argumentos expendidos pelo professor, o TST já se pronunciou a respeito em sede de Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo, posicionando-se a SDC no sentido da pertinência do meio processual utilizado, sob os seguintes argumentos: “A hipótese dos autos, no entanto, é excepcionalíssima, não se enquadrando inteiramente na figura clássica do dissídio coletivo de natureza jurídica. Contudo, a matéria central aqui enfocada é eminentemente jurídica, envolvendo a interpretação quanto a aspecto fundamental da ordem jurídica: se as dispensas massivas são, ou não, regidas do mesmo modo normativo do que as dispensas meramente individuais e, não o sendo, quais as conseqüências jurídicas de sua regência normativa específica. Nesta medida, o presente dissídio é fundamental e preponderantemente jurídico, embora se reconheça sua natureza algo mista, quer dizer, é dissídio coletivo preponderantemente jurídico, mas também com dimensões econômicas.” (TST- EDRODC-309/2009-000-15-00.4, Relator Ministro Maurício Godinho Delgado, Pub. no DEJT de 04.09.2009).

<sup>36</sup> Os artigos 127 e 129 da Constituição, o artigo 5º da Lei no 7.347/85 e os artigos 83 e 84 da Lei Complementar no 75/93, legitimam o Ministério Público do Trabalho a defender direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos trabalhadores.

<sup>37</sup> A 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho foi realizada pela Anamatra, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) e a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENAMAT), com o apoio do Conselho Nacional das Escolas de Magistratura do Trabalho (CONEMATRA).

Os Tribunais Trabalhistas de todo o país têm efetuado o controle das dispensas individuais e coletivas, restringindo o direito de o empregador resilir o contrato por mero ato unilateral, sem qualquer motivação.

A partir do Acórdão paradigmático proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho de Campinas (15ª Região) quando das dispensas de mais de 1.000 empregados da Embraer (BRASIL, 2009b)<sup>38</sup>, verificou-se a atuação, no mesmo sentido, de outros Regionais, como no caso de Minas Gerais. O Tribunal Regional do Trabalho teve oportunidade de apreciar algumas situações em que se configurou a dispensa coletiva.

Em sede de Dissídio Coletivo o Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais apreciou alegação de dispensas coletivas procedidas pela USIMINAS. Depois de decisão liminar em Ação Cautelar, as partes pactuaram acordo coletivo de trabalho, pondo fim à demanda<sup>39</sup>.

Em tantos outros casos, o Tribunal Superior do Trabalho inclinou-se a condicionar a validade das dispensas à prévia negociação coletiva. Não obstante o claro avanço da jurisprudência, conforme advertimos anteriormente, a adoção de medidas conciliadoras podem amenizar os efeitos, mas não resolve o problema da ausência de proteção. A atuação dos sindicatos nessa quadra pode agudar ainda mais a crise que assola as entidades sindicais no Brasil, pois poderiam ser utilizadas como meros instrumentos legitimadores das dispensas sem, contudo, atuar na prevenção e na proteção.

O Tribunal Superior do Trabalho inclinou-se a condicionar a validade das dispensas à prévia negociação coletiva. Não obstante o claro avanço da jurisprudência, conforme advertimos anteriormente, a adoção de medidas conciliadoras podem amenizar os efeitos, mas não resolve o problema da ausência de proteção. A atuação dos sindicatos nessa quadra pode agudar ainda mais a crise que assola as entidades sindicais no Brasil, pois poderiam ser utilizadas como meros instrumentos legitimadores das dispensas sem, contudo, atuar na prevenção e na proteção.

Em Acórdão proferido pelo eminente Ministro Maurício Godinho Delgado. O Tribunal Superior do Trabalho assim decidiu, *verbis*:

---

<sup>38</sup> Cuja ementa transcrevemos no item 5.1.

<sup>39</sup> TRT-DC-30.2009.000.03.00-5; TRT-AC-704-2009-000-03-00-2

**RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE. DISPENSA TRABALHISTA COLETIVA. IMPERATIVA INTERVENIÊNCIA SINDICAL. ORDEM CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE DESCONTO DOS DIAS PARADOS. INCIDÊNCIA DAS REGRAS ORIUNDAS DAS CONVENÇÕES DA OIT Nº 11, 98, 135, 141 E 151; E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988 – ARTS. 1º, III, 5º, XXIII, 7º, I, 8º, III E VI, 170, III E VIII.** A dispensa coletiva é questão grupal, massiva, comunitária, inerente aos poderes da negociação coletiva trabalhista, a qual exige, pela Constituição Federal, em seu art. 8º, III e VI, a necessária participação do Sindicato. Trata-se de princípio e regra constitucionais trabalhistas, e, portanto, critério normativo integrante do Direito do Trabalho (art. 8º, III e VI, CF). Por ser matéria afeta ao direito coletivo trabalhista, a atuação obreira na questão está fundamentalmente restrita às entidades sindicais, que devem representar os trabalhadores, defendendo os seus interesses perante a empresa, de modo que a situação se resolva de maneira menos gravosa para os trabalhadores, que são, claramente, a parte menos privilegiada da relação trabalhista. As dispensas coletivas de trabalhadores, substantiva e proporcionalmente distintas das dispensas individuais, não podem ser exercitadas de modo unilateral e potestativo pelo empregador, sendo matéria de Direito Coletivo do Trabalho, devendo ser submetidas à prévia negociação coletiva trabalhista ou, sendo inviável, ao processo judicial de dissídio coletivo, que irá lhe regular os termos e efeitos pertinentes. É que a negociação coletiva ou a sentença normativa fixarão as condutas para o enfrentamento da crise econômica empresarial, atenuando o impacto da dispensa coletiva, com a adoção de certas medidas ao conjunto dos trabalhadores ou a uma parcela deles, seja pela adoção da suspensão do contrato de trabalho para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador (art. 476-a da CLT), seja pela criação de Programas de Demissão Voluntária (PDVs), seja pela observação de outras fórmulas atenuantes instituídas pelas partes coletivas negociadas. Além disso, para os casos em que a dispensa seja inevitável, critérios de preferência social devem ser eleitos pela negociação coletiva, tais como a despedida dos mais jovens em benefício dos mais velhos, dos que não tenham encargos familiares em benefício dos que tenham, e assim sucessivamente. Evidentemente que os trabalhadores protegidos por garantias de emprego, tais como licença previdenciária, ou com debilidades físicas reconhecidas, portadores de necessidades especiais, gestantes, dirigentes sindicais e diretores eleitos de CIPAs, além de outros casos, se houver, deverão ser excluídos do rol dos passíveis de desligamento. Inclui-se esta Seção de Dissídios Coletivos, no julgamento do recurso ordinário interposto no dissídio coletivo ajuizado pelo Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região e outros em face da Empresa Brasileira de Aeronáutica – EMBRAER S/A e outra (processo n. TST-RODC-30900-12.2009.5.15.0000), em que também se discutiu os efeitos jurídicos da dispensa coletiva, fixou a premissa, para casos futuros de que **a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores**. No caso concreto – em que a empresa comunicou aos trabalhadores que promoveria a dispensa de 200 empregados, equivalente a 20% da mão de obra contratada -, a atuação do Sindicato foi decisiva para que fosse minimizado o impacto da dispensa coletiva. A interferência da entidade sindical propiciou aos desligados um implemento das condições normais da dispensa, com o estabelecimento de diversos direitos de inquestionável efeito atenuante ao abalo provocado pela perda do emprego, entre eles, a instituição de um PDV. Nesse contexto, a greve foi realizada pelos empregados dentro dos limites da lei, inexistindo razão para que a classe trabalhadora seja prejudicada em razão do exercício de uma prerrogativa constitucional. Reafirme-se: o direito constitucional de greve foi exercido para tentar regulamentar a dispensa massiva, fato coletivo que exige a participação do Sindicato. Destaque-se a

circunstância de que, conforme foi esclarecido na decisão dos embargos de declaração, a Suscitante já iniciara o processo de despedida de alguns empregados, prática cuja continuidade foi obstada pela pronta intervenção do Sindicato. Considera-se, por isso, que a situação especial que ensejou a greve autoriza o enquadramento da paralisação laboral como mera interrupção do contrato de trabalho, sendo devido o pagamento dos dias não laborados, nos termos da decisão regional. **Recurso ordinário desprovido.**

A nosso ver é preciso um passo a mais. O simples fato de haver negociação, não quer dizer que a situação esteja resolvida de modo justo. Há sindicatos e sindicatos e, cada vez menos, podemos dizer que a simples existência de um ente coletivo aglomerando trabalhadores seja suficiente para equilibrar forças. É preciso uma série de medidas que fortaleçam os sindicatos, como, por exemplo, mudanças na organização sindical, maior aceitação das ações coletivas por parte dos tribunais, a prevenção e representação em face de atos antisindiciais etc. Não nos alongaremos nesses aspectos por demandarem nova pesquisa, sendo certo que nesse trabalho procuramos apresentar possíveis caminhos.

## 6 CONCLUSÃO

Esta dissertação de mestrado teve como objetivo discutir a respeito da eficácia dos direitos fundamentais, como forma de suprir a omissão legislativa referente o direito garantido no art. 7º, inciso I, da Constituição de proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Não se sabe se por questões históricas ou interesse político o Poder Legislativo, depois de passados mais de 20 anos da promulgação da Constituição Federal, ainda não regulamentou o art. 7º, inciso I, da Constituição com a finalidade de estabelecer os parâmetros para a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Esta omissão legislativa representa descumprimento da Constituição e traz inúmeros prejuízos para as relações jurídicas, a quais carecem de maior segurança jurídica. A eficácia das normas constitucionais, notadamente as que tratam dos direitos fundamentais sociais deve ser garantida independentemente da atuação do legislador.

No caso presente, a norma disposta no art. 7º, inciso I, da Constituição é dotada de eficácia plena e deve ser aplicada, vedando as dispensas arbitrárias ou sem justa causa, como tem sido observado em diversos julgados que invalidam dispensas contrárias às garantias previstas em lei, como a dos dirigentes sindicais, vítimas de acidente de trabalho, gestantes etc.

Todavia, com base nos princípios da proteção, da máxima efetividade das normas constitucionais, da boa-fé e função social dos contratos dentre outros, julgados já sinalizam entendimento no sentido de se relativizar o direito do empregador em rescindir os contratos de forma unilateral. Esta guinada jurisprudencial é decorrente da constitucionalização do direito privado, compreendido também como a interpretação e aplicação dos preceitos infraconstitucionais de acordo com o comando constitucional.

No contexto da relação de emprego, em que uma das partes (empregador) possui direito potestativo de pôr fim ao contrato a qualquer tempo, a questão da máxima eficácia dos direitos fundamentais se torna ainda mais relevante. Não se pode conceber, na atual ordem constitucional este poder, impondo-se o reconhecimento da plena eficácia do disposto no art. 7º, da Constituição. Assim, somente seriam admitidas aquelas dispensas fundadas em algum motivo, seja ele

de ordem subjetiva ou objetiva. Para tanto, diante da omissão legislativa quanto aos parâmetros a serem adotados, a aplicação analógica do art. 165 da CLT é a opção legislativa mais viável para o momento.

Poder-se-ia aventar a possibilidade de aplicação Convenção 158 da OIT, cujas vigência e eficácia são objeto de discussão perante o Supremo Tribunal Federal. Todavia, não podemos simplesmente aguardar por esta solução que cada vez mais se mostra distante, diante da morosidade da tramitação do processo. Nesse mesmo compasso se encontra a Mensagem enviada ao Congresso Nacional para nova ratificação da Convenção 158 da OIT.

De qualquer forma, ainda que necessitemos recorrer a aplicação analógica para definir os critérios para identificação da dispensa arbitrária ou sem justa causa, o que certo é que não podem pairar dúvidas a respeito da plena eficácia do art. 7º, inciso I, da Constituição. A proteção contra as modalidades de dispensas ali enumeradas impede que se reconheça a validade da cessação dos contratos de forma imotivada.

Vale lembrar que a norma constante do art. 10 do ADCT não atende ao comando do dispositivo constitucional em questão. Trata-se de dispositivo aplicável para as dispensas consideradas válidas, ou seja, aquelas consideradas não arbitrárias.

Esta constatação é de suma importância para inaugurarmos uma nova era nas relações de trabalho sem que, para isso, tenhamos que ressuscitar o regime de estabilidade. A perda do emprego traz inúmeras consequências danosas para o trabalhador, ao passo que, para o empregador, a substituição da mão de obra é efetuada sem maiores problemas.

Mesmo no momento da rescisão do contrato de trabalho emerge, de forma nítida, a diferença de forças. As empresas definem o seu quadro de empregados de acordo com as suas necessidades e baseado em questões estratégicas que não incluem, na maioria das vezes, as necessidades da comunidade que as cercam.

Nesse contexto, revela-se ainda mais relevante a proteção contra as dispensas coletivas, considerando-se os efeitos que causam na sociedade. Há de se adotar medidas que possam prevenir a ocorrência dessas dispensas, incluindo todas as esferas, pública e privada. No entanto, não basta que se eleja o sindicato como protagonista neste processo, impondo como condição para a validade das despedidas a prévia negociação. Como visto, é cristalina a crise de

representatividade dos sindicatos, fato que os coloca em posição de desvantagem em uma negociação deste porte.

A negociação é salutar e deve ser incentivada, mas o Judiciário também deve-se se postar no sentido de garantir a proteção constitucional e perscrutar os motivos das dispensas, invalidando aquelas em que se verifique a tentativa de negar eficácia ao comando do art. 7º, inciso I, da Constituição.

É sabido que ainda temos um longo caminho a percorrer na evolução das relações de emprego, trazendo segurança jurídica para os partícipes deste liame, principalmente no momento de se extinguir o contrato. A jurisprudência ainda que incipiente, tem dado o tom das discussões, demonstrando que estamos a percorrer o caminho correto.

Importante ressaltar, por fim, que a eficácia dos direitos fundamentais constitui evolução do próprio Estado de Direito e encontra terreno fértil nas relações de trabalho para a sua expansão.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ALMEIDA, Renato Rua de, Disponível em: <<http://www.institutocesarinojunior.org.br/texto5rruademisemassa.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2014.

ALMEIDA, Renato Rua. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho**, LTr Vol. 76, nº 6, junho de 2012.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Os direitos fundamentais e a constitucionalização do direito do trabalho**. In: Direitos Sociais na Constituição de 1988. Uma análise crítica vinte anos depois. São Paulo: LTr. 2008.

ANTUNES, Ricardo Luis Coltro. **Adeus ao Trabalho?** Ensaio sobre as metamorfoses e a Centralidade do Mundo do Trabalho. 8. ed. São Paulo: Unicamp, 2002.

ANTUNES, Ricardo Luis Coltro. **O caracol e sua concha**: ensaios sobre a nova morfologia do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2005.

AROUCA, José Carlos. **A garantia do emprego vinte anos depois**. In: Direitos Sociais na Constituição de 1988 – Uma análise crítica vinte anos depois. São Paulo: LTr, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3208>>.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed., Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Edipro, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **“Jurisdição Constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)**. In: Estudos Avançados 18 (51), 2004.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projetos de Leis e outras proposições. Disponível em:

<[www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=383867](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=383867)>.

Acesso em: 03 jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **RR - 105500-32.2008.5.04.0101**. Data de Julgamento: 29/06/2011, Redatora Ministra: Rosa Maria Weber, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/08/2011b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 201.819/RJ**. Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11/10/2005, pub. no DJ de 27-10-2006.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: **RR - 114100-75.2009.5.04.0014**. Data de Julgamento: 14/12/2011, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2011c.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RO-147-67.2012.5.15.0000, SDC**. Relatora: Maria de Assis Calsing, pub. no DEJT de 19/04/2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RODC-309/2009-000-15-00.4**, em que são Recorrentes EMPRESA BRASILEIRA DE AERONÁUTICA S.A. - EMBRAER E OUTRA, SINDICATO DOS METALÚRGICOS DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS E REGIÃO E OUTROS e SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DE CONSTRUÇÃO DE AERONAVES, EQUIPAMENTOS GERAIS AEROESPACIAL, AEROPEÇAS, MONTAGEM E REPARAÇÃO DE AERONAVES E INSTRUMENTOS AEROESPACIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO – SINDIAEROESPACIAL. Relator Ministro Maurício Godinho Delgado, Pub. no DEJT de 04.09.2009a.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RODC-309/2009-000-15-00.4**. Relator Ministro Maurício Godinho Delgado, Pub. no DEJT de 04.09.2009b.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR - 105500-32.2008.5.04.0101**. pub. 05/08/2011a, Redatora Rosa Maria Weber.

CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CANTELLI, Paula Oliveira. **A proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa no Brasil**. In: Temas vinculados ao Direito do Trabalho e ao Processo do Trabalho. KOURY, Luiz Ronan Neves (Coord). Belo Horizonte: RTM, 2011.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 16. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2008.

GOMES, Orlando; GOTTSSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. Atualizada por José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Souza. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das letras, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego**. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, RBDC, n. 17, jan./jun. 2011.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de direito do trabalho – a relação de emprego**. Volume II. São Paulo: LTr, 2008.

MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva**: da liberdade contratual à responsabilidade social. São Paulo: LTr, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **RO-10305/96**. Relator: Maurício Pinheiro de Assis; Pub. No DJMG de 30/11/1996.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da Democracia**. 3ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2003.

MUNIZ, Mirella Karen de Carvalho Bifano; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **Crise financeira global e emprego**: “você é forte, dentes e músculos.” In: Rev. Trib. Reg. Trab. 3a Reg., Belo Horizonte, v.47, n.77, p.85-91, jan./jun.2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Contratos no código civil – apontamentos gerais**. In: O Novo Código Civil – Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale. São Paulo: LTr. 2003.

OLIVEIRA, Christiana D’arc Damasceno. **(O) direito do trabalho contemporâneo: efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho**. São Paulo. Ltr. 2010.

RAIS 2011. Vide a respeito os dados colhidos do relatório da RAIS/CAGED do Ministério do Trabalho. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D3F9B2012013FE39CE92D6DC9/Resultados%20Definitivos%20Ano%20base%202011.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2013.

REIS, Daniela Muradas. **O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. In: **A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, no. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 26 dez. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**: São Paulo: RT, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SEVERO, Valdete Souto. **O mundo do trabalho e a flexibilização**. In: **Direitos Sociais na Constituição de 1988 – Uma análise crítica vinte anos depois**. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, Antônio Álvares da. Dispensa coletiva e seu controle pelo Poder Judiciário. **Revista LTr 73**, n. 06.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros. 1995.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1998.

SILVA, Luis Renato Ferreira da Silva. **A função Social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social.** In: **O novo Código Civil e a Constituição.** SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Luis Renato Ferreira da Silva. **A função Social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social.** In: **O novo Código Civil e a Constituição.** Cláudio Ari Melo (et al.); SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). 2. ed. Rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STÜMER, Gilberto; COIMBRA, Roberto. **A noção de trabalho a tempo parcial no direito espanhol como um instrumento da 'flexisegurança'.** In: **Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS – Direitos Fundamentais & Justiça.** Porto Alegre: HS Editora. Out./dez. 2012.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho. Volume I.** São Paulo: LTr, 2002.

SUSSEKIND, Arnaldo. **As cláusulas pétreas e a pretendida revisão dos direitos constitucionais do trabalhador.** In: Rev. TST, Brasília, vol. 67, no 2, abr/jun 2001.

VIANA, Márcio Túlio (Coord); REZENDE, Alaor Satuf; JUNQUEIRA HENRIQUE, Carlos Augusto; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende; RENAULT, Luis Otávio Linhares; MELLO FILHO, Luiz Phillippe Vieira de. **Teoria e Prática da Convenção n. 158.** São Paulo: LTR, 1996.

VIANA, Márcio Túlio. **70 anos de CLT: uma história de trabalhadores.** Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2013.

VIANA, Márcio Túlio. A nova competência, as lides sindicais e o anteprojeto de reforma. **Revista do TRT-3ª Região.** Belo Horizonte: v.40, n.70, jul./dez.2004.

VIANA, Márcio Túlio. **Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção n. 158 da OIT.** In: Rev. Trib. Reg. Trab. 3a Reg., Belo Horizonte, v.46, n.76, jul./dez.2007.