

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO

OYAMA KARYNA BARBOSA ANDRADE

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA
DO EMPREGADO: DO DESCUMPRIMENTO À EFETIVIDADE

BELO HORIZONTE

2012

PARTE I – DESCUMPRIMENTO

“o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexecutabilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições.” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24)

1 PROTEÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA

1.1 Introdução

A Constituição de 1988 consagrou os direitos dos trabalhadores entre os direitos fundamentais do ser humano, estabelecendo, em primeiro lugar, o direito à relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Essa proteção seria disciplinada por lei complementar, que deveria prever, nos termos da Constituição, *indenização compensatória dentre outros direitos*.

Vinte e três anos após a promulgação do texto constitucional, a referida lei complementar ainda não foi editada. Não obstante existirem algumas decisões judiciais e longa discussão na literatura a respeito da aplicabilidade imediata dessa proteção, na prática, no dia-a-dia das empresas e na vida profissional de milhões de trabalhadores brasileiros, o que ocorre sistematicamente é a consagração do direito potestativo do empregador de demitir.

A presente pesquisa tratará da proteção constitucional contra a dispensa arbitrária do empregado no Brasil. Na primeira parte, é analisada a evolução dos sistemas adotados para tutelar a relação de emprego, passando pela estabilidade decenal e pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), até chegar ao modelo proposto pela Constituição de 1988. Este modelo é examinado à luz do neoconstitucionalismo, da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais e da literatura justrabalhista, levando à conclusão de que o direito constitucional está sendo descumprido.

Na segunda parte, é debatida a Convenção nº 158 da OIT, tratado de direitos humanos sobre o término da relação de emprego, que consagra, no âmbito do direito internacional, o princípio da proteção contra a dispensa imotivada. É avaliado o texto da convenção e seu histórico de ratificação e denúncia pelo

Brasil, para demonstrar que há total compatibilidade, formal e material, da convenção com a Constituição brasileira e que sua denúncia é inválida, motivo pelo qual ainda está vigente no país.

Em seguida, é tratada a questão das dispensas coletivas, que foi reintroduzida no debate jurídico nacional após episódios decorrentes da crise econômica global, iniciada no ano de 2008, tendo sido também objeto de apreciação pela Justiça do Trabalho.

Na terceira parte, é apresentada a conclusão da pesquisa a respeito da efetividade da proteção contra a dispensa arbitrária, com algumas proposições que poderiam ser adotadas por diferentes órgãos. É proposta, neste trabalho, uma interpretação sistemática da Constituição, que valoriza os direitos fundamentais do homem-trabalhador.

O término dos contratos, no direito, recebe diferentes denominações de acordo com suas causas ou tipo de vontade manifestada pelas partes contratantes. Para este trabalho, interessa apenas a expressão genérica *rescisão contratual*, como costumeiramente adotada pela prática trabalhista¹, para designar a ruptura do contrato de trabalho. Assim, os termos *rescisão*, *extinção*, *cessação* ou *término* do contrato foram utilizados como sinônimos.

No direito do trabalho, existem variados termos para designar o ato de término da relação empregatícia. Cada autor adota aquela que considera mais adequada. Neste trabalho, foi utilizada a classificação mais simples, que diferencia o término por iniciativa do empregado, denominado *demissão*, e o término por iniciativa do empregador, denominado *dispensa* ou *despedida*².

Como o objeto da pesquisa é relacionado, principalmente, ao término da relação empregatícia por iniciativa do empregador, o termo *demissão* foi evitado no relatório e utilizados, como sinônimos, *dispensa* ou *despedida*.

¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 1125.

² SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 567.

Para entender o que significa essa proteção à relação de emprego consagrada pela Constituição, sua aplicabilidade, limites e consequências, é necessário refazer o roteiro histórico da evolução do instituto no Brasil.

1.2 Estabilidade

1.2.1 O sistema da estabilidade no emprego

O primeiro sistema de proteção à relação de emprego adotado legalmente pelo Brasil foi o da estabilidade, apesar de o objetivo principal, no momento de sua instituição, não ter sido garantir a segurança do empregado no posto de trabalho.

A estabilidade surgiu como uma forma de garantir o custeio das Caixas de Pensões - futuros Institutos de Previdência - que se formavam na época, pela contribuição dos trabalhadores associados. A permanência do trabalhador no emprego era necessária para permitir a continuidade das suas contribuições ao longo do tempo.

O instituto começou a ser delineado em 1923³, quando a Lei Eloy Chaves (Lei nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923), que criou as caixas de aposentadoria e pensão dos ferroviários, estabeleceu que esses trabalhadores seriam considerados estáveis após dez anos de serviço.

Aos poucos, outras categorias profissionais foram sendo beneficiadas com a estabilidade: os empregados em empresas de navegação marítima, fluvial ou de exploração de portos (Lei nº 5.109, de 1926); os empregados nos serviços de transportes urbanos, luz, telefone, telégrafo, águas e esgotos (Decreto nº 20.465, de 1930); os empregados de mineradoras (Decreto nº 22.096, de 1932);

³ Antes disso, em 1917, foi proposto o Projeto de Lei n. 284-A, prevendo que após cinco anos, nenhum operário poderia ser dispensado se não tivesse cometido infração. No entanto, esse projeto não foi transformado em lei. SÚSSEKIND, Arnaldo *et al. Instituições de Direito do Trabalho. Op. cit.*, p. 667.

os comerciários (Decreto nº 24.273, de 1934); os bancários (Decreto nº 24.615, de 1934), que adquiriam estabilidade com apenas dois anos de serviço⁴.

Finalmente, em 1935, o direito à estabilidade após dez anos de serviço foi desvinculado do sistema previdenciário, sendo estendido a todos os empregados (Lei nº 62, de 05 de junho de 1935). Foram excluídos da garantia os trabalhadores domésticos e rurais.

Na Constituição de 1937, foi feita menção aos trabalhadores que tinham a estabilidade garantida pela lei (art. 137, alínea “f”) e, após vinte anos do processo de consolidação, a estabilidade foi alçada à hierarquia constitucional entre os direitos dos trabalhadores, na Constituição de 1946 (art. 157, inciso XII).

A Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, em um esforço de sistematizar e uniformizar os direitos trabalhistas no país, promulgada em 1943, consagrou a estabilidade como mecanismo de proteção à relação de emprego contra a dispensa, estabelecendo os seus requisitos, aplicabilidade e algumas exceções⁵.

A estabilidade prevista pela CLT, que viria a perdurar efetivamente por aproximadamente duas décadas, era atingida após dez anos de efetivo serviço prestado na mesma empresa. Após esse prazo, era obstada a dispensa do empregado, a qual somente poderia ocorrer caso o trabalhador praticasse uma falta grave ou por motivo de força maior, apurados judicialmente.

Para os empregados que ainda não fossem estáveis, ou seja, que não tivessem completado dez anos de serviço para o mesmo empregador, em caso de dispensa sem justa causa, era assegurado o pagamento de uma indenização por antiguidade, calculada à razão de um mês de salário por ano de serviço ou fração igual ou superior a seis meses, com base na maior remuneração recebida pelo empregado.

Eram considerados como faltas graves os atos elencados no art. 482 da CLT, que hoje justificam a chamada dispensa por justa causa do empregado. Cometido o ato faltoso, o empregador poderia suspender o empregado e deveria,

⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de Direito do Trabalho*. *Op. cit.*, p. 694.

⁵ Não adquiriam a estabilidade os empregados exercentes de cargo de confiança, aqueles que trabalhassem para profissionais liberais, os rurais, os domésticos e os artistas.

no prazo de trinta dias, ajuizar o inquérito judicial. Cabia então ao juiz decidir se autorizava a dispensa ou determinava a reintegração do empregado, a qual, caso fosse desaconselhável, poderia ser substituída pelo pagamento em dobro da indenização por antiguidade.

Outra hipótese autorizativa da rescisão do contrato de trabalho do estável era a ocorrência de força maior, nos termos do art. 501 da CLT, que correspondia a uma situação imprevisível que afetasse a situação econômico-financeira da empresa e para a qual o empregador não tivesse concorrido. A ocorrência de força maior poderia levar, por exemplo, à extinção da empresa ou à supressão de alguma atividade. Nesse caso, o empregado recebia a indenização por antiguidade a que tinha direito. Caso o acontecimento decorresse de *factum principis*, a indenização era calculada em dobro e paga pelo ente público responsável.

1.2.2 Análise crítica do modelo

Para os empregados que atingiam a estabilidade, a garantia no emprego se tornava realidade⁶. A restrição legal imposta à despedida, que só poderia ocorrer em situações excepcionais, dava segurança para o trabalhador exercer suas atividades com a tranquilidade de que não teria o contrato rompido a qualquer momento, e, ainda, de forma desmotivada.

O empregado não ficava mais submetido às variações do mercado de trabalho, o que permitia que ele se integrasse de uma forma mais forte à vida da empresa. O empregador, por sua vez, tinha limitada a sua liberdade de contratar e despedir, ainda que existisse mão-de-obra mais barata ou qualificada, pois havia uma restrição externa legal, independente de seus interesses e necessidades de

⁶ A estabilidade representa uma segurança que não encontra similar em qualquer outra instituição do Direito do Trabalho, constituindo a mais sólida garantia que se possa dar a um empregado. SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de Direito do Trabalho. Op. cit.*, p. 699.

funcionamento⁷. Assim, o instituto da estabilidade tornava mais equilibrada a relação empregatícia, valorizando a continuidade do contrato a ela subjacente.

Por outro lado, para os empregados que não alcançavam a estabilidade, já que essa exigia o decurso de um longo período de tempo, não existia proteção contra a dispensa. O empregador deveria pagar a indenização por tempo de casa, que constituía um obstáculo econômico à despedida, mas não a impedia efetivamente⁸.

O sistema criava, portanto, uma desigualdade entre os empregados, diferenciando aqueles que eram protegidos e aqueles que não eram. O prazo de dez anos de serviços prestados ao mesmo empregador era atingido por um percentual muito baixo de trabalhadores, em virtude de dispensas anteriores, obstativas ou não⁹. Os empregados não estáveis ficavam mais sujeitos às oscilações da economia e do mercado de trabalho.

Outra falha observada no sistema de garantia no emprego era que o legislador brasileiro tinha estabelecido uma estabilidade do tipo imprópria. Ao permitir que o juiz, reconhecendo uma dispensa ilegal, em vez de ordenar a reintegração imediata a substituísse pela indenização, acabou na prática por fazer com que a incompatibilidade entre empregador e empregado fosse presumida e não mais matéria a ser provada. Dessa forma, o empregado estável dispensado ilegalmente não tinha a garantia de retorno ao seu emprego, o que deveria ser a consequência preferencial do descumprimento da lei. Essa falha Luiz Werneck Vianna chamou de “corrupção do instituto da estabilidade”¹⁰.

Além disso, ocorria a chamada dispensa obstativa, por meio da qual muitas empresas, para evitar que seus empregados se tornassem estáveis, despedia-os antes que completassem o período de dez anos. Esse fenômeno tornou-se tão comum que a jurisprudência, consolidada no Enunciado nº 26 do

⁷ VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999, p. 339.

⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. *Op. cit.*, p. 1112.

⁹ SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992, p. 218.

¹⁰ VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil*. *Op. cit.*, p. 338.

Tribunal Superior do Trabalho – TST¹¹, passou a presumir ser obstativa à estabilidade a despedida, sem justo motivo, do empregado que alcançasse nove anos de serviço na empresa, determinando, nesse caso, o pagamento da indenização em dobro.

Em que pese a jurisprudência ter tentado responder à dispensa obstativa perpetrada pelos empregadores, o fez de modo tímido e conservador¹², pois deveria ter determinado a reintegração ao emprego, garantindo efetivamente a proteção que o legislador estabelecera.

Em 1935, quando foi generalizado o benefício, a estabilidade não representava grande empecilho para os empregadores. Como o mercado de trabalho se encontrava estagnado, sem exército de reserva de porte considerável, eles não poderiam se utilizar da rotatividade da mão-de-obra como um fator de lucratividade para a empresa. Porém, com um novo impulso de industrialização nos anos 50, a estabilidade transformou-se em óbice a ser removido e passou a ser tratada como uma limitação inaceitável à livre iniciativa empresária¹³.

O setor empresarial argumentava que os empregados estáveis eram menos produtivos e mais indisciplinados e que era bastante difícil comprovar a ocorrência de falta grave na Justiça. Argumentava, ainda, que representava um ônus muito grande para as empresas o valor das indenizações por antiguidade, que eram pagas em caso de dispensa sem justa causa.

Ponderavam que, dentre as hipóteses legais autorizativas da dispensa do trabalhador estável, não se incluíam os motivos de ordem econômica, financeira, estrutural ou tecnológica que afetassem verdadeiramente a vida empresarial, ainda que não chegassem a configurar força maior, no sentido estrito previsto pela CLT. De fato, a reorganização produtiva da empresa ou uma crise setorial não eram consideradas hipóteses que permitiam a dispensa do estável.

¹¹Enunciado nº 26 do TST, cancelado em 2003, com redação original de 1970: “*Presume-se obstativa à estabilidade a despedida, sem justo motivo, do empregado que alcançar nove anos de serviço na empresa*”.

¹²SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*. Op. cit., p. 127.

¹³VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil*. Op. cit., p. 340.

Em resumo, os empregadores se insurgiam contra uma suposta rigidez contratual que ameaçava o desempenho das empresas no mercado¹⁴.

As vozes favoráveis à manutenção da estabilidade no emprego, que reconheciam a importância de um sistema de proteção da relação empregatícia, reconheciam alguns dos problemas apontados; contudo, em vez de sua extinção, propunham o aprimoramento do modelo. Assim, por exemplo, se o problema era que poucos trabalhadores atingiam a estabilidade, sugeriam que a dificuldade estava no longo período de aquisição, bastando, portanto, que fosse reduzido esse prazo¹⁵.

Não reconheciam, por outro lado, que empregados estáveis fossem menos produtivos, sustentando que se tratava de mera suposição, pois nunca fora realizada uma pesquisa sobre essa questão¹⁶.

Quanto ao entrave para o desenvolvimento das empresas, buscavam amparo no direito comparado, argumentando que a segurança no emprego não representava obstáculo ao desenvolvimento econômico e social dos países capitalistas contemporâneos¹⁷.

Ainda, quanto à manifestação de dificuldade em efetuar a dispensa do empregado estável, argumentavam que em vez da extinção do instituto, deveriam ser buscadas soluções para aperfeiçoar e tornar mais célere o Poder Judiciário e não, em nome de uma facilidade ao empregador, destruir a garantia máxima do empregado¹⁸.

Essa discussão acabou sendo superada pela implementação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS (Lei nº 5.107/66), sistema que foi, aos poucos, substituindo a estabilidade decenal.

Uma possível conclusão a respeito da experiência vivenciada pelo Brasil com o instituto da estabilidade é que uma empresa na qual a maioria dos empregados fossem estáveis seria melhor concebida nos marcos de um sistema de co-gestão, de modo que os trabalhadores participassem efetivamente de todo o

¹⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho. Op. cit.*, p. 1113.

¹⁵ SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição. Op. cit.*, p. 217.

¹⁶ SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição. Op. cit.*, p. 217.

¹⁷ SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição. Op. cit.*, p. 218.

¹⁸ SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição. Op. cit.*, p. 219.

planejamento empresarial. Isso demandaria uma evolução em nossa noção de democratização dos meios de produção¹⁹.

1.3 O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS

1.3.1 O sistema do FGTS

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, instituído pela Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, criou um sistema de poupança de longo prazo para os trabalhadores, como alternativa ao sistema da estabilidade, tornando obrigatório, para o empregador, efetuar depósitos mensais em contas vinculadas para cada um de seus empregados, correspondentes a 8% (oito por cento) do valor da remuneração paga no mês anterior.

O novo sistema tinha sido desenvolvido para atender alguns objetivos político-econômicos da época. O governo havia criado, em 1964, o Banco Nacional de Habitação - BNH para desenvolver uma política pública habitacional, por meio de fomento aos empreendimentos imobiliários. Para aumentar o crédito disponível no BNH, a saída encontrada foi criar um tributo sobre a folha de pagamento, evitando medidas de impacto inflacionário, como a emissão de papel-moeda²⁰. Dessa forma, os depósitos mensais formariam o Fundo, cuja gestão fora atribuída ao BNH.

Contudo, seria necessário apresentar uma justificativa perante os empregadores para o acréscimo de mais esse ônus. O modelo do FGTS já previa

¹⁹ VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil*. Op. cit., 339.

²⁰ PORTO, Lorena Vasconcelos. *La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel diritto comparato: una proposta per il diritto del lavoro in Brasile*. Tesi di Dottorato presentata alla Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". Roma: 2008, p. 44.

que, na dispensa do empregado, em vez de pagar a indenização por tempo de serviço, o empregador autorizaria o saque do montante depositado na conta vinculada do empregado, valor que já havia sido depositado mês a mês. Porém, como esse sistema não representava uma verdadeira vantagem para o empregador, posto que antes ele já desembolsava um valor a título de indenização, a solução encontrada foi acabar com a estabilidade, em contrapartida²¹.

Além da estratégia político-econômica da ditadura militar, havia a pressão interna do empresariado pelo fim da estabilidade, que era evidentemente contrária aos seus interesses de poder livremente administrar a mão-de-obra, contratando e demitindo empregados sem restrição.

O governo também apontou, na época, como causa para a extinção da estabilidade, o fato de que, segundo pesquisa do Ministério do Trabalho, apenas 15% (quinze por cento) dos empregados haviam alcançado a estabilidade, número que caía para 1% (um por cento) quando se tratava de empresas novas, com até quinze anos de existência. Argumentava que a estabilidade, em vez de representar uma proteção para o empregado, acabava tendo o efeito contrário, posto que as empresas sistematicamente demitiam seus funcionários para evitar que completassem o período de dez anos e alcançassem a estabilidade²².

A esses motivos, foi somada outra razão para a criação do FGTS. Era um momento de abertura do país ao capital estrangeiro, no qual prevalecia a ideia de que deveria ser facilitada a sua introdução na economia nacional. Deviam ser retirados todos os obstáculos existentes, entre eles o direito dos trabalhadores à estabilidade²³.

Assim, foi instituído o FGTS, no qual, inicialmente, a adesão era opcional para o empregado, apesar de ser obrigatório para o empregador efetuar

²¹ SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*. Op. cit., p. 219.

²² CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. *Fazendo Justiça: a história do FGTS*. 2009, p. 12. Disponível em: http://downloads.caixa.gov.br/arquivos/fgts/relatoriosacoos/Livro40Anos_F.pdf. Acesso em mai. 2012.

²³ Para Antônio Álvares da Silva, a estabilidade não representava realmente um obstáculo para as empresas multinacionais, pois essas poderiam, simplesmente, dispensar os empregados e pagar a indenização devida. SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*. Op. cit., p. 219.

os depósitos para todos os seus empregados. Por um período, coexistiram os dois sistemas, estabilidade e FGTS, de modo que a opção do empregado pelo regime do Fundo implicava renúncia ao direito de alcançar estabilidade após dez anos de serviços prestados na empresa.

Por outro lado, a lei estabelecia algumas hipóteses e condições nas quais o empregado poderia sacar o valor depositado na sua conta, que em linhas gerais eram: dispensa sem justa causa – hipótesena qual recebia também o valor de uma multa de 10% sobre o montante – pedidode demissão, dispensa por justa causa, extinção da atividade da empresa e aposentadoria. O saque poderia ser feito, ainda, durante o curso do contrato, para atender necessidades especiais do empregado, como por exemplo, para aquisição de moradia própria. Caso o empregado falecesse, seus dependentes recebiam o valor.

1.3.2 Análise crítica do modelo

Apesar de ter sido formalmente instituído como um sistema opcional, o FGTS acabou se tornando um verdadeiro substituto do regime de estabilidade que tinha perdurado até então.

O FGTS foi criado como um sistema opcional, pois, como a estabilidade era prevista na Constituição, não poderia ser derogada por lei ordinária. Essa opção, na prática, funcionava como um escamoteamento, para evitar que fosse exigida a liberdade sindical também para os trabalhadores. No entanto, o sindicalismo brasileiro teria perdido a oportunidade de exigir essa contrapartida²⁴.

A pretexto do aperfeiçoamento do sistema de indenização por tempo de serviço, na verdade, foi promovida uma política de liberalização do mercado de trabalho²⁵. O modelo, que conjugava a substituição da estabilidadee a inovação no sistema de indenização, visava produzir as condições de um mercado livre, em

²⁴ VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil. Op. cit.*, p.339.

²⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho. Op. cit.*, p. 1114.

que a força de trabalho obedecesse às leis da oferta e da procura, podendo circular sem empecilhos.

O que passou a ser observado, após o sistema do FGTS ser introduzido, foi a pressão dos empregadores para que seus empregados fizessem a opção pelo Fundo. Aos novos empregados contratados era tolhida a possibilidade de escolha do regime, pois o contrato já vinha com a cláusula de opção pelo FGTS escrita. Os empregados com contratos em curso também sofreram pressão para optar retroativamente pelo fundo. Havia uma intensa propaganda oficial, que mostrava o FGTS como um sistema mais vantajoso, para estimular a opção²⁶. Só podiam opor alguma resistência aqueles que já eram estáveis.

De fato, conceder formalmente uma opção para a parte hipossuficiente de uma relação desigual como a relação de emprego, na prática mitiga esse direito. Necessitado do seu trabalho, a vontade do empregado tende a ficar submetida à do empregador. Por esse motivo, o direito do trabalho foi todo construído sobre regras de ordem pública e de direitos indisponíveis, justamente para tentar garantir mais equilíbrio à relação. Por esse aspecto, a instituição do sistema do FGTS representou um retrocesso na evolução do direito do trabalho brasileiro.

Em apenas quatro anos, aquele que deveria ser um regime opcional tornou-se a regra geral, com a adesão de mais de 70% (setenta por cento) dos empregados brasileiros²⁷. Por esse motivo, a Lei do FGTS é considerada a norma que inaugurou a onda de flexibilização dos direitos trabalhistas no Brasil²⁸.

Havia a expectativa de que o FGTS prolongasse a duração das relações de emprego, já que o empregador não precisaria mais demitir empregados temendo que eles alcançassem a estabilidade. Mas as estatísticas

²⁶ PORTO, Lorena Vasconcelos. *La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel diritto comparato: una proposta per il diritto del lavoro in Brasile*. *Op. cit.*, p. 47.

²⁷ CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. *Fazendo Justiça: a história do FGTS*. *Op. cit.*, p. 28.

²⁸ SÚSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de Direito do Trabalho*. *Op. cit.*, p. 663.

refutaram essa ideia, pois o que se mostrou foi um grande aumento da rotatividade da mão-de-obra no mercado de trabalho²⁹.

Além da rotatividade, a livre circulação da mão-de-obra permitiu o aumento da sua exploração, com a manutenção de baixos níveis salariais, pouco acima do salário mínimo. Como não existia um salário válido para toda a categoria profissional, as empresas demitiam empregados antes do dissídio coletivo. Estes ficavam de fora do reajuste e os novos contratados não tinham direito ao valor reajustado. Os empregados, dessa forma, não conseguiam se beneficiar pelo aumento cumulativo de sucessivos dissídios³⁰.

Por um lado, no sistema do FGTS existiam mais oportunidades de saque do valor, pelo empregado, do que no sistema de indenização anterior. No sistema celetista, as hipóteses eram mais restritas e o empregado só teria direito ao recebimento da indenização por antiguidade após um ano de serviço e somente na hipótese de dispensa sem justa causa.

Mas, por outro, o valor dos depósitos mais multa de 10% era inferior ao valor da indenização por antiguidade prevista na CLT, apesar de constar da exposição de motivos da lei do FGTS que seriam iguais ou até mesmo superiores. A equivalência foi denunciada também na Constituição de 1967/69 (art. 165, inciso XIII), mas as diferenças de valor passaram a ser tão questionadas que o TST foi levado a sumular entendimento sobre o assunto, em uma interpretação conservadora, que atribuía equivalência apenas jurídica entre os sistemas e não econômica (Súmula nº 98)³¹.

Era apresentado também o argumento de que o FGTS oferecia mais liquidez, uma vez que os valores já se encontrariam depositados. O empregado

²⁹ Apenas na cidade de São Paulo, dados do DIEESE, referentes a dispensas homologadas em sindicato, mostraram que no período de 1964 a 1971, as dispensas no setor industrial passaram de 74,4% para 179,6% ao ano, mais que triplicaram no setor de transportes (83,2% para 311,8%) e comunicações (63,6% para 361,0%), duplicaram no setor de bancos (57,0% para 207,0%) e de comércio (80,0% para 212,5%). VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil. Op. cit.*, p. 346-347.

³⁰ VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil. Op. cit.*, p. 348.

³¹ O FGTS incidia sobre a remuneração mensal do obreiro, enquanto a indenização de antiguidade era calculada com base na maior remuneração contratual. Em razão dos frequentes reajustes salariais, comuns na época em virtude da inflação, a superioridade do valor dessa última era, muitas vezes, bastante significativa, tornando, assim, mais elevado o montante da indenização celetista.

não ficaria submetido, no momento da dispensa, à empresa querer ou poder pagar o que lhe era legalmente devido. Não seria necessário, em caso de não quitação, um longo processo de execução, cujo êxito dependia da existência e suficiência de bens da empresa³².

Mas, na prática, não prevalecia esse argumento, pois era comum – e ainda continua sendo – empregadores que simplesmente não efetuam os depósitos de FGTS, situação que só será contestada e, muitas vezes, constatada, ao término da relação empregatícia.

Além de o FGTS ter reduzido o custo da dispensa, o sistema de depósitos mensais diluía no tempo a despesa, o que possibilitava que as empresas transferissem esse gasto ao seu produto final. Ou seja, era reduzido sobremaneira o impacto financeiro da dispensa para a empresa. Na indenização por antiguidade a empresa arcava com uma grande soma no momento da dispensa do empregado, o que representava uma variável importante a ser ponderada, principalmente nas dispensas coletivas. A indenização funcionava como mecanismo que desestimulava, a partir de certo limite, o número de empregados que a empresa pretendia demitir³³.

De fato, com a instituição do FGTS, as empresas alcançaram as vantagens almejadas de diminuir as restrições à sua liberdade de rescindir o contrato de trabalho. O empregado poderia ser dispensado, a qualquer momento, de forma imotivada, independentemente do tempo de serviço que tivesse.

Ao contrário do que o próprio nome sugeria, o FGTS retirava a garantia de emprego dos trabalhadores ou, pelo menos, a garantia de que ela um dia fosse alcançada. Foi retirado o direito à estabilidade no emprego e substituído por uma indenização. A qualquer momento, então, o empregador poderia proceder à dispensa arbitrária de empregados optantes pelo FGTS.

³² PORTO, Lorena Vasconcelos. *La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel diritto comparato: una proposta per il diritto del lavoro in Brasile*. *Op. cit.*, p. 47.

³³ A indenização anterior servia de obstáculo mínimo, pelo menos para as pequenas e médias empresas. SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova constituição*. *Op. cit.*, p. 220.

O FGTS representava uma espécie de seguro do contrato de trabalho. O empregador poderia dispensar livremente, tendo como única obrigação autorizar o levantamento dos depósitos e pagar a multa³⁴.

Como ressaltado anteriormente, se o instituto da estabilidade apresentava problemas, deveria ter sido aperfeiçoado e não excluído. E mesmo a instituição do FGTS, se o sistema era considerado tão interessante, poderia ter sido realizada sem substituição da estabilidade³⁵.

1.4 A proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária prevista na Constituição de 1988

A proteção do emprego pode ser entendida em dois níveis diferentes³⁶. No primeiro, a proteção está relacionada com a ordem econômica do país, compondo-se de medidas destinadas ao mercado de trabalho, como por exemplo, geração de novos postos, busca do pleno emprego, política salarial, formalização das relações de trabalho, etc.

No segundo nível, a proteção está relacionada com a relação jurídica formada entre empregado e empregador, que é objeto do direito do trabalho, compondo-se de medidas para garantir ao empregado a permanência no emprego, estabelecendo restrições à autonomia do empregador para dispensá-lo.

Existe corrente que defende que a garantia específica da relação empregatícia não colabora para a abertura de novos postos de trabalho, de modo que apenas os privilegiados, aqueles que já têm um emprego, são protegidos, enquanto todos os demais desempregados são excluídos. Dessa forma, entendem

³⁴ SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova constituição*. Op. cit., p. 220.

³⁵ RUSSOMANO, Mozart Victor. *A estabilidade do trabalhador na empresa*. Rio de Janeiro: Konfino, 1970, p. 145. SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. Op. cit., p. 659-660.

³⁶ MACIEL, José Alberto Couto. *Garantia no emprego já em vigor*. São Paulo: LTr, 1994, p. 15-16. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 49.

que deveriam ser criadas seguranças no mercado de trabalho e não propriamente em cada emprego³⁷.

No entanto, como dito anteriormente, tratam-se de níveis diferentes de proteção, os quais são independentes e se complementam. Ambos devem, portanto, ser preocupação do Estado. Deixar de garantir a proteção “em cada emprego” não tem repercussões positivas no mercado de trabalho e vice-versa. Logo, é importante que os dois tipos de proteção existam e sejam fomentadas.

A proteção à relação de emprego contra a dispensa é constituída de regras que limitam ou contingenciam o direito de extinguir o contrato de trabalho por ato unilateral do empregador, bem como as consequências da dispensa, tenha sido essa realizada de modo legal ou ilegal.

Entre as regras que contingenciam a dispensa do empregado, estão a concessão de aviso prévio e o pagamento de indenizações. São chamadas de proteção em sentido amplo, pois representam uma compensação pelos efeitos danosos da dispensa, mas não limitam o seu exercício³⁸. Por esse motivo, são um instrumento imperfeito de proteção.

A proteção em sentido estrito é representada pelas regras que limitam efetivamente o direito de dispensa do empregador, submetendo-o a condições específicas e restritivas, como a limitação através da exigência de motivação ou até mesmo a proibição de dispensar. Constitui o mecanismo adequado de proteção³⁹.

A Constituição de 1988 estabeleceu um novo marco da proteção contra a dispensa no Brasil, conjugando regras de proteção em sentido amplo e em sentido estrito.

Em sentido amplo, existem as previsões de concessão de aviso prévio e de pagamento de indenização, que têm sido utilizadas como regra geral no término dos contratos de trabalho por tempo indeterminado.

³⁷ VIANA, Márcio Túlio. *Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção n. 158 da OIT*. Revista Trabalhista Direito e Processo. Ano 7, n. 25, p. 39-48, 2008, p. 45. O autor menciona a existência dessa corrente, mas se posiciona contrariamente a ela.

³⁸ SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*. *Op. cit.*, p. 50.

³⁹ SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*. *Op. cit.*, p. 50.

Em sentido estrito, a Constituição consagrou o princípio da proteção contra a dispensa arbitrária do empregado e estabeleceu algumas estabilidades provisórias, para casos especiais.

1.4.1 Proteção em sentido amplo

1.4.1.1 Aviso prévio

É obrigatória a concessão de aviso prévio ao empregado, antes da extinção de seu contrato de trabalho, exceto em casos de falta grave. Os dispensados por justa causa perdem o direito, ante a incompatibilidade dos institutos, uma vez que a configuração da justa causa exige a imediatidade da dispensa após a ocorrência do ato faltoso.

A Constituição elenca o aviso prévio entre os direitos dos trabalhadores, proporcional ao tempo de serviço, sendo de no mínimo 30 dias. Até 2011, o dispositivo ainda não tinha sido regulamentado, de modo que era concedido sempre o prazo mínimo de 30 dias de aviso prévio⁴⁰. Em outubro de 2011, antes que o Supremo Tribunal Federal - STF julgasse mandados de injunção impetrados contra a falta de norma regulamentadora do art. 7º, inciso XXI, da Constituição, o Congresso finalmente publicou a Lei nº 12.506, dispondo sobre a proporcionalidade do aviso prévio. Pela nova lei, ficou estabelecido o prazo mínimo de trinta dias para os empregados que contem até um ano de serviço, acrescido de três dias para cada ano de serviço na mesma empresa, até o limite de sessenta dias.

⁴⁰ Diante da repetição de ações questionando a mesma matéria, A SDI-1 do TST editou, em 1997, a Orientação Jurisprudencial n. 84, dispondo que “a proporcionalidade do aviso prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação regulamentadora, visto que o art. 7º, inc. XXI, da CF/1988 não é auto-aplicável”.

A progressão do prazo de aviso prévio foi timidamente estabelecida, uma vez que apenas empregados com vinte anos de casa atingem o último nível, com direito a aviso prévio de noventa dias. Perdeu-se a chance de fortalecer o instituto do aviso prévio como mecanismo preventivo contra as dispensas, com a previsão de um prazo maior, como era reivindicado pelos sindicatos. De todo modo, o aviso prévio, tal como previsto na Convenção, foi regulamentado após mais de vinte anos de espera e está incluído no sistema de proteção contra a dispensa.

1.4.1.2 Indenização: FGTS

O empregado dispensado sem justa causa⁴¹ recebe, ainda, uma indenização pelo tempo de serviço prestado, consubstanciada no FGTS. Além dos valores que foram depositados mês a mês pelo empregador, recebe mais 40% (quarenta por cento) sobre esse montante.

Apesar de significar um custo para o empregador na dispensa do empregado, a multa do FGTS não chega a representar um verdadeiro obstáculo à dispensa. O valor é baixo – ainda mais se forem considerados os contratos de curta duração – ou, simplesmente, não é pago pela empresa, cabendo ao empregado recorrer à Justiça do Trabalho para tentar receber seus direitos.

Como visto anteriormente (item 1.3), o FGTS foi criado para enfraquecer a proteção à relação de emprego, substituindo a estabilidade decenal. Contudo, a Constituição de 1988 trouxe uma nova concepção de garantia do emprego, prevendo o FGTS como um direito independente. Assim, na nova ordem constitucional, coexistem ambos os direitos, representando o FGTS uma espécie de seguro do empregado pelo tempo de trabalho.

⁴¹ Entre outras hipóteses de término da relação empregatícia, como, por exemplo, no contrato por prazo determinado ou na rescisão por culpa recíproca ou força maior.

As inúmeras outras hipóteses nas quais o empregado pode sacar o FGTS, que não se relacionam com a dispensa arbitrária efetivada pelo empregador – porexemplo, aposentadoria, necessidades urgentes, como doença grave, aquisição de moradia própria - demonstram sua desvinculação da proteção do emprego.

A garantia do tempo de serviço não é sucedânea da garantia de relação de emprego prevista no art. 7º, inciso I, da Constituição, nem objetiva facilitar a despedida. Seu objetivo e natureza não podem ser mais os de proteger o empregado despedido dos malefícios do desemprego, mas sim uma espécie de patrimônio individual do trabalhador, do qual ele pode dispor em várias hipóteses⁴².

1.4.2 Proteção em sentido estrito

1.4.2.1 Estabilidades provisórias

Na proteção contra a dispensa em sentido estrito, devem ser mencionadas algumas estabilidades provisórias, que já eram existentes na legislação ou nos instrumentos coletivos, e foram alçadas a nível constitucional na Carta de 1988⁴³. Assim, é vedada a dispensa:

a) do empregado candidato a cargo de direção sindical desde a sua candidatura e até um ano após o final do mandato, se ele for eleito, salvo se cometer falta grave, nos termos da lei (art. 8º, inciso VIII);

⁴²SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 291-292.

⁴³ Existem também normas infraconstitucionais que estabelecem outras espécies de estabilidades provisórias, por exemplo, o empregado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo de doze meses, a manutenção de seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário (art. 118 da Lei nº 8.213/91).

b) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes (CIPA), desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato (art. 10, inciso II, “a”, do ADCT);

c) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, inciso II, “b”, do ADCT).

Essas previsões expressas na Constituição levaram muitos a concluir que o constituinte não quis conceder a garantia no emprego para todos, mas apenas para aqueles discriminados no texto constitucional.

No entanto, deve ser observado o fato de que as estabilidades provisórias já existiam em nosso ordenamento jurídico, em decorrência de situações especiais que deveriam ser protegidas. Não há incompatibilidade entre essas garantias e a proteção à relação de emprego como regra geral. Ambas as formas de proteção têm objetivos diferentes e não são excludentes⁴⁴.

Essas garantias não estão ligadas diretamente à pessoa do trabalhador, correspondendo a manutenção de sua relação de emprego a uma proteção da liberdade sindical ou da maternidade, por exemplo.

1.4.2.2 Proteção contra a dispensa arbitrária: o novo modelo previsto pela Constituição

A grande inovação trazida pela Constituição de 1988, à proteção da relação de emprego, foi ter enunciado a proibição de dispensa arbitrária de empregados.

A liberdade absoluta de despedir ou a garantia plena no emprego correspondem a modelos extremos opostos, que representam apenas os interesses de empregadores ou de empregados. Os sistemas jurídicos contemporâneos, no entanto, não adotam nenhum desses modelos, mas buscam uma solução intermediária, que equilibre os interesses opostos da relação.

⁴⁴ MACIEL, José Alberto Couto. *Garantia no emprego já em vigor*. Op. cit., p. 24.

Para a empresa, o direito de dispensar funcionários é, até certo limite, necessário. Muitas vezes a diminuição de pessoal é imprescindível para sua reorganização financeira ou produtiva. Em outras, motivos ligados à pessoa do empregado, como, por exemplo, sua adaptação ao ambiente da empresa, tornam difícil sua permanência no posto de trabalho.

O empregado, por sua vez, tem interesse na continuidade do contrato de trabalho ou, pelo menos, interesse em alguma forma de garantia do seu emprego. Além do interesse individual, há também o interesse social na tutela da relação de emprego.

Diante dos interesses conflitantes, impõe-se a intervenção do Estado para estabelecer um sistema de proteção contra a dispensa do empregado que, ao mesmo tempo garanta a manutenção do contrato de trabalho e não restrinja além do necessário a autonomia da empresa.

Desse modo, cabe ao direito reconhecer essa realidade e apontar uma solução que conjugue a livre iniciativa e o valor social do trabalho. Essa solução, se por um lado, não pode ser a estabilidade total do empregado, por outro, também não pode ser a liberdade total da dispensa.

A tendência do direito comparado, seguindo a legislação da Alemanha, é de estabelecer a nulidade da despedida arbitrária⁴⁵. A legislação a respeito da rescisão do contrato de trabalho evoluiu de regras sobre períodos de aviso prévio e indenizações, passando a estabelecer como centro jurídico o requisito de justificação por parte do empregador. Assim, garante-se o emprego, permitindo a despedida do trabalhador apenas se existir uma causa justificada para o término da relação empregatícia.

A partir da pesquisa de direito comparado, da Convenção nº 158 da OIT – a qual também foi inspirada pela síntese dos sistemas adotados em diversos países – e da literatura trabalhista, chega-se à conclusão de que o Brasil também estabeleceu o mesmo conceito de nulidade da dispensa arbitrária.

⁴⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de Direito do Trabalho*. Op. cit., p. 702.

De início, pode ser depreendido do texto do art. 7º, inciso I, da Constituição, uma restrição ao direito do empregador de dispensar o empregado fora dos casos de justa causa. Na hipótese de cometimento de falta grave pelo empregado, nos termos do art. 492 da CLT, está autorizada a sua despedida imediata. Em todas as outras hipóteses, fica obstada a dispensa arbitrária do empregado.

Isso significa que o procedimento que tem sido adotado no Brasil para efetuar a dispensa do empregado sem justa causa é inconstitucional. A total liberdade em por término à relação empregatícia, considerando, como dito anteriormente, que as garantias do aviso prévio e do FGTS são apenas limitativas e não impeditivas, não se coaduna com a proteção que foi prometida pela Constituição.

A dispensa não arbitrária e, portanto, autorizada por nosso ordenamento, seria aquela na qual o empregador apresenta previamente o motivo ou a causa pela qual deseja terminar a relação empregatícia. Essa causa pode estar ligada à pessoa do trabalhador ou às necessidades de funcionamento da empresa, mas deve ser relevante e socialmente justificável.

Esse conceito é bastante similar ao que está disposto no art. 165 da CLT, quanto à restrição para dispensa do empregado representante na CIPA: *“os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro”*.

Dessa forma, qualquer dispensa realizada fora dessas regras é inaceitável, podendo ser chamada de arbitrária, injustificada ou imotivada. A consequência da dispensa arbitrária é a nulidade do ato, sendo devida a restituição das partes ao seu estado anterior, ou seja, a reintegração do empregado.

O entendimento predominante hoje é de que o valor do FGTS, acrescido de 40%, caracteriza a indenização compensatória pela perda arbitrária do emprego. No entanto, a Constituição não admite a dispensa arbitrária, de forma que essa não pode ser compensada com o valor monetário. Além disso, como

visto anteriormente, o FGTS se tornou um direito independente da garantia de emprego na Constituição. Portanto, a indenização prevista no art. 10, inciso I, do ADCT, deve corresponder à compensação devida pela dispensa do empregado sem justa causa, que *não seja arbitrária*, visto que esta última é proibida constitucionalmente.

Resta identificar os critérios para a efetivação desse direito constitucional do trabalhador, tendo em vista sua necessária e possível aplicação imediata.

1.4.3A importância da proteção da relação de emprego

A liberdade na organização da mão-de-obra é um fator importante para as empresas. De fato, quanto menos restrições, menos amarras, menos legislação incidindo sobre essa matéria, tanto melhor para elas. A facilidade da dispensa entra nessa ordem de ideias como uma necessidade imperiosa no sistema empresarial. Basta ver que, seja qual for o motivo para a queda de lucros da empresa, a primeira medida que costumam tomar é a demissão coletiva de empregados, sob o argumento da contenção de gastos⁴⁶. Essa é a lógica empresarial, que não poderia ser outra: o lucro tem que ser mantido a qualquer custo; se cai a receita, deve-se diminuir o custo, tomando a medida mais rápida e fácil para atingir esse objetivo: cortar na folha de pagamento.

A reestruturação produtiva que levou as empresas do modelo taylorista-fordista para o modelo toyotista exige fatores de produção bastante flexíveis, aptos a serem adaptados às necessidades momentâneas da empresa, ditadas pelo mercado. Nesse contexto, os empregados são vistos também como fatores da

⁴⁶Um exemplo: *Gol informa demissão de 190 tripulantes*. Folha de São Paulo. 01/06/2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1098859-gol-informa-demissao-de-190-tripulantes.shtml>> Acesso em: jun. 2012. “A Gol deu início a um agressivo plano de redução de custos depois de amargar um prejuízo de R\$ 710 milhões no ano passado. (...) *As demissões na empresa devem chegar a mil*. Desde o início do ano, a companhia aérea já havia cortado 500 vagas --demitiu 1.200 e contratou 500. Desse total, 205 são tripulantes (pilotos e comissários). Em um comunicado aos tripulantes, a diretoria de operações da companhia justificou os cortes argumentando sobre a necessidade de adequar a competitividade e a rentabilidade da empresa a um ‘novo cenário no ambiente econômico’”.

produção e, portanto, deve-se permitir o seu deslocamento livre e desembaraçado.

Os motivos pelos quais as empresas demitem funcionários que não sejam ligados à pessoa do trabalhador são variados. Podem decorrer da necessidade de, em momento de estagnação econômica, demitir para manter a margem de lucro. Podem decorrer das necessidades adaptativas que o mercado exige, como na reestruturação produtiva e no enxugamento da empresa (*downsizing*), o que leva à aquisição de tecnologia, à demissão de funcionários mais antigos e mais caros para contratação de mão-de-obra mais barata, entre outras razões.

A atual desproteção à relação de emprego, introduzida pelo sistema do FGTS, além de representar mais os interesses dos empregadores e menos os dos empregados, tem ainda um lado perverso.

O desemprego torna-se estratégico para o empregador. Ele fortalece seu poder diretivo na medida em que semeia a insegurança. A empresa precisa aumentar a produtividade e reduzir os custos, por isso exige maior rendimento dos trabalhadores. Isso só pode ser feito de duas formas: cooptá-lo oferecendo melhor salário, mais status, segurança, o que é caro, portanto se limita aos altos empregados; ou atemorizá-lo, ainda que silenciosamente, de preferência com o fantasma do desemprego⁴⁷.

Para o empregado, a perda do emprego representa a perda imediata da fonte de subsistência sua e de sua família, uma vez que desprovido dos meios de produção, ele depende da venda de sua força de trabalho para sobreviver. O trabalho ainda representa parte de sua condição humana, e por esses motivos, ele não pode ser tratado como um componente descartável da produção, quando não trazer mais vantagens ao empregador⁴⁸.

⁴⁷ “No primeiro caso, há um ‘faça, pois você ganha’. A estratégia é a sedução. Já no segundo, há um ‘faça, ou você perde’ que pode significar mais tarde um ‘perca, mesmo tendo feito’. A estratégia é o medo”. VIANA, Márcio Túlio. *Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção n. 158 da OIT*. Revista Trabalhista Direito e Processo. Ano 7, n. 25, p. 39-48, 2008, p. 43.

⁴⁸ SENA ORSINI, Adriana Goulart de. *Trabalho e desemprego no contexto contemporâneo: algumas reflexões*. Revistado Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. Belo Horizonte, 29 (59): 99-128, Jan./Jun.99, p. 100.

Uma vez despedido, o empregado recebe o seguro-desemprego, que lhe garante o sustento por certo período de tempo, e, provavelmente, acaba sendo recontratado em outra empresa, tendo em vista a atual estabilidade da economia brasileira. As altíssimas taxas de desemprego, que assolavam o país na década de 1990, reduziram-se nos últimos anos, tendo o mercado de trabalho se beneficiado do crescimento econômico do país⁴⁹.

No entanto, regra geral, o trabalhador não se favorece com a sucessão de contratos. A alta taxa de rotatividade provocada pela livre dispensa de empregados impede que o trabalhador se integre verdadeiramente à vida da empresa e construa uma carreira profissional. Tem repercussões econômicas, porquanto ele deixa de auferir o acúmulo de direitos e benefícios caso seu contrato se prolongasse no tempo dentro da mesma empresa. Contribui, também, para formar uma mão-de-obra carente de especialização.

A perda do emprego traz consequências psicológicas para o empregado. É uma supressão de sua identidade, pois ele deixa de ser o marceneiro, o atendente, o telefonista, para ser, ainda que durante certo tempo, o desempregado. Isso prejudica suas relações sociais, reduz sua auto-estima e, em última análise, pode até mesmo provocar doenças.

A dispensa pode ser considerada uma forma de captura da subjetividade do trabalhador, que gera medo, agonia e dor, uma vez que ele é considerado apenas mais um fator da produção no sistema capitalista, cuja finalidade única é produzir novas mercadorias e valorizar o capital, sendo facilmente descartado e substituído⁵⁰.

A facilidade da dispensa por ato unilateral do empregador, de um lado, potencializa seu poder diretivo sobre os trabalhadores e, de outro, para a coletividade que ainda se mantém empregada, possibilita a precarização das condições de trabalho. Especialmente, considerando as exigências que são impostas nos contratos de trabalho contemporâneos.

⁴⁹Dados de maio de 2012 do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (Caged), do Ministério do Trabalho e Emprego, apontam que o índice de desemprego se encontra na faixa dos 5,8%, menor percentual da série histórica iniciada em 2002.

⁵⁰MARQUES, Fernanda Antunes. *Dispensa imotivada: captura da subjetividade do trabalhador*. Op. cit., p. 24.

A assimetria da relação empregatícia e a oposição de interesses de empregados e empregadores tornam imprescindível a intervenção e regulamentação da matéria por parte do Estado.

1.4.3.1A proteção da relação de emprego e o acesso à justiça

O texto constitucional revela uma ordem de princípios e regras que deve ser interpretada sistematicamente. A exegese constitucional moderna não admite que os dispositivos sejam interpretados isoladamente, sob pena de malferir os fundamentos, objetivos e princípios da República Federativa do Brasil.

Os direitos constitucionais trabalhistas também devem ser compreendidos dentro desse projeto de Estado Democrático de Direito, elaborado pelo constituinte originário. Assim, em primeiro lugar, protege-se a relação de emprego, com a garantia de que não haverá dispensa arbitrária. São elencados os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais e seu direito de ação caso esses sejam violados. Estabelece-se também o prazo após o qual tais direitos prescreverão.

Esse conjunto pensado pelo legislador constituinte originário, fruto de muito debate, faz sentido se mantida a eficácia de todos os dispositivos. Em outras palavras, a prescrição de direitos trabalhistas e o prazo para propositura da ação só são aceitáveis na medida em que garantida a proteção da relação de emprego⁵¹.

No entanto, com justificativa na inexistência da lei complementar para regular a matéria, nega-se a eficácia plena e imediata ao inciso I do art. 7º da

⁵¹SEVERO, Valdete Souto; MAIOR, Jorge Luiz Souto. *A garantia contra dispensa arbitrária como condição de eficácia da prescrição no curso da relação de emprego*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, v. 39, n. 38, p. 157-163, dez. 2010, p. 157-158. VIANA, Márcio Túlio. *Os paradoxos da prescrição: quando o trabalhador se faz cúmplice involuntário da perda de seus direitos*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, v. 47, n. 77, p. 163-172, jan./jun. 2008.

Constituição, mas reconhece-se rotineiramente a prescrição dos direitos do trabalhador. Não se garante uma proteção efetiva da relação de emprego mas se admite a perda de direitos pelo decurso do tempo, aviltando a interpretação sistemática que deveria ser dada à Constituição.

No direito civil, a prescrição é um instituto clássico cujo objetivo é assegurar a estabilidade das relações sociais. Caso o credor, dentro do prazo permitido, não defenda o seu direito, sua inércia é entendida como uma forma de renúncia, a qual o instituto consolida. A inércia do credor já faz presumir que a relação se estabilizara subjetivamente, no modo de sentir das partes; a prescrição não faz mais do que lhe dar efeitos objetivos e permanentes.

Por outro lado, se a inércia é o critério de aplicação da prescrição de direitos, ela só pode ser considerada justa se o credor pôde livremente optar por ela. Assim, o direito civil reconhece que ela não corre em situações nas quais as pessoas tolhidas em seu acesso à Justiça, especialmente na constância de relações que estabelecem alguma forma de hierarquia ou poder de um lado sobre o outro. Assim, o art. 197 do Código Civil, estabelece que não corre a prescrição entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal; entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar; entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

As mesmas considerações e implicações do direito civil poderiam ser aplicadas no direito do trabalho, caso este garantisse a relação de emprego. No entanto, a ausência de efetividade desse direito impossibilita o real acesso à justiça dos trabalhadores e a prescrição acaba assumindo o caráter de pena, que é evitado no direito civil.

O princípio da proteção se justifica pela existência do inegável poder social que o empregador exerce sobre o empregado. Todo o direito do trabalho contemporâneo se organiza em torno dessa constatação, elaborando uma rede de proteção ao trabalhador hipossuficiente, tentando amenizar a desigualdade da relação⁵².

⁵²VIANA, Márcio Túlio. *Os paradoxos da prescrição*: quando o trabalhador se faz cúmplice involuntário da perda de seus direitos. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, v. 47, n. 77, p. 163-172, jan./jun. 2008.

A relação essencialmente desigual é potencializada pelo nosso sistema justralhista atual que admite o direito potestativo do empregador de romper o contrato de trabalho de forma unilateral e imotivada.

Assim, na constância da relação de emprego o trabalhador encontra-se constrangido a exercer qualquer ato que coloque em risco o seu emprego. Não reivindica seus direitos e não aciona o Poder Judiciário. É falacioso afirmar que a pretensão ao pagamento de qualquer verba trabalhista pode ser exercida durante o curso da relação de emprego. Pode não existir obstáculo jurídico para se fazer valer o direito, mas existem obstáculos materiais, já que o trabalhador pode ser levado a não exercitar o seu direito pelo mesmo motivo que muitas vezes o leva a renunciá-lo: temor da dispensa. O empregado não pode exigir com firmeza que a lei seja cumprida. Enquanto empregado, ele não procura a Justiça.

Sem a efetividade da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária, está-se a legitimar um sistema perverso, no qual, segundo o termo utilizado por Márcio Túlio Viana, o trabalhador se faz *cúmplice involuntário da perda de seus direitos*⁵³.

O poder diretivo do empregador atinge a própria norma trabalhista, pois ele escolhe como, quando, onde, se e quanto quer utilizá-la. E o empregador se submete à violação de seus direitos, que acabam sendo negados definitivamente pela declaração de prescrição.

A possibilidade de ser despedido arbitrariamente impede o acesso à justiça até a perda do emprego⁵⁴. No nosso sistema, o credor fica nas mãos do devedor. A lei produz efeito oposto ao que pretensamente buscou.

A leitura que diz ser inaplicável a proibição de dispensa injustificada, mas permite a prescrição dos direitos trabalhistas no curso do contrato de trabalho transforma, indevidamente, a Constituição em instrumento legitimador das práticas lesivas ao patrimônio jurídico dos trabalhadores, a favor dos descumpridores da legislação trabalhista.

⁵³VIANA, Márcio Túlio. *Os paradoxos da prescrição*: quando o trabalhador se faz cúmplice involuntário da perda de seus direitos. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, v. 47, n. 77, p. 163-172, jan./jun. 2008.

⁵⁴ Até a perda do emprego pode não ser suficiente para viabilizar o acesso à Justiça. Listas negras. Possibilidade de um telefonema ou carta de recomendação.

É contraditório propor valorização social do trabalho, apregoar a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas e, ao mesmo tempo, permitir a agressão sistemática de direitos durante o curso da relação de emprego, legitimada pela impossibilidade concreta de reação dos trabalhadores, sem a proteção contra a despedida arbitrária e tornada definitiva pelo pronunciamento da prescrição. O empregado tem o direito indisponível, mas não o reclama, trocando-o pela permanência, precária, no emprego.

A prescrição é um modo muito sutil que se adequa às flexibilizações do mundo do trabalho. É instrumento historicamente consagrado e aceito, passa a ideia de segurança e estabilidade, é descrita, esmiuçada, classificada, mas raramente criticada. Surge como um dado já posto, uma premissa inquestionável.

Logo, a primeira conclusão é que, existindo a prescrição de direitos trabalhistas, o empregador não tem o direito de fazer cessar o vínculo sem uma motivação suficiente e juridicamente válida. A ordem constitucional vigente impõe ao empregador um dever fundamental, o dever de motivar o ato de cessação da relação de emprego, por sua iniciativa.

A partir do momento em que for garantida realmente a proteção, será razoável que durante a execução do vínculo haja um prazo para que a parte exerça suas preensões, a fim de que seja resguardada a paz social, principal argumento para a existência do instituto da prescrição.

A segunda conclusão é que enquanto não for efetivada a proteção, não é possível falar em prescrição no curso do contrato. Se fosse difundida essa ideia de que a prescrição não pode correr na vigência do contrato de trabalho, provavelmente seria forçada a regulamentação do art. 7º, inciso I, da Constituição.

Essa é uma medida remediadora, que não ataca a fundo a questão. O foco principal deveria ser a efetividade da proteção à relação de emprego que a Constituição prometeu aos trabalhadores. O empregado poderia defender processualmente seus direitos, sem ser por isso demitido. A medida, se não corrobora a renúncia de direitos trabalhistas, favorece o impedimento do acesso à justiça durante a vigência do contrato.

Mas o acesso à justiça não deve ser entendido apenas como direito de ação perante o Poder Judiciário. Existe uma dimensão material do acesso à justiça que também fica impedido nas relações de trabalho⁵⁵. O empregado não é livre para discutir seu contrato ou para exigir direitos. Em vez de se criar um campo fértil para a discussão dos problemas entre empregado e empregador, democraticamente, dentro da empresa, com métodos extrajudiciais e participação do sindicato, resolução de conflitos promotora de cidadania, está-se retendo a conflitualidade e lançando-a no futuro toda para o Poder Judiciário.

A falta de proteção atinge, ainda, o direito coletivo, na medida em que o trabalhador passa a temer o sindicato e a fugir da greve. Desarticula-se o movimento social que seria capaz de se contrapor à força empregatícia e que tem papel importantíssimo na efetividade do acesso à justiça.

1.4.4 Aplicabilidade da proteção contra a dispensa arbitrária

1.4.4.1 O paradigma do Neoconstitucionalismo

A doutrina que orienta o direito constitucional hoje reflete o amadurecimento resultante das transformações pelas quais passou o Estado, junto ao reconhecimento de gerações ou dimensões de direitos. Surgido no início do séc. XXI, o neoconstitucionalismo busca garantir a eficácia da Constituição, como norma máxima de validade de todo o sistema jurídico, pautado principalmente pela concretização dos direitos fundamentais⁵⁶.

⁵⁵ SENA ORSINI, Adriana Goulart de. *Formas de resolução de conflitos e acesso à justiça*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, v. 46, n. 76, p. 93-114, jul/dez 2007, p. 109.

⁵⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: Teoria do Estado e da Constituição*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 239. CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 35.

Luís Roberto Barroso⁵⁷ aponta como marco histórico do neoconstitucionalismo a consolidação do Estado Constitucional de Direito, ocorrida no Brasil principalmente a partir da redemocratização. Como marco filosófico, aponta o pós-positivismo e, como marco teórico, aponta o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

A Constituição não tem mais apenas a função de limitação do poder do Estado, mas assume papel central no sistema, carregando também um conteúdo axiológico. Estabelece valores, opções políticas e direitos fundamentais. No paradigma do neoconstitucionalismo, esses preceitos não são considerados retóricos, devem ser efetivados e o desafio é encontrar os mecanismos que tornem isso possível. Dentre esses mecanismos, sobleva o papel do Poder Judiciário como garantidor da aplicabilidade das normas constitucionais⁵⁸.

A força normativa da Constituição reside no fato de que ela não é apenas expressão da realidade de cada momento, mas, dotada de imperatividade, pretende ordenar essa realidade política e social. A Constituição tem existência própria e pretende realizar o estado por ela normatizado⁵⁹. Por isso, tanto a lei quanto o poder público devem estar em consonância com o seu espírito.

A interpretação constitucional deve ser feita de forma sistemática, compreendendo, no conjunto, o sentido de seu conteúdo normativo, valorizando-o, otimizando-o, dando-lhe a maior eficácia possível, de acordo com as condições históricas de determinada sociedade⁶⁰.

Assumida a soberania da Constituição, os demais ramos do direito também passam a refletir o seu conteúdo. Na interpretação conforme a Constituição, ela representa o fundamento de validade de todas as normas,

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Revista Consultor Jurídico, abr. 2006. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil. Acesso em: mai. 2012.

⁵⁸ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61 e 80.

⁵⁹ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 65.

⁶⁰ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Op. cit., p. 69.

garantindo a unidade do ordenamento jurídico. Todo o direito passa a ser interpretado à luz das regras constitucionais.

A Constituição de 1988 instituiu no Brasil um Estado Democrático de Direito no qual a dignidade da pessoa humana é o princípio-matriz⁶¹. Como aponta o seu preâmbulo, busca assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista, sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de controvérsias.

A enorme carga valorativa trazida pela Constituição proporciona uma verdadeira mudança de perspectiva para o direito privado. Ao expressar essa ordem de valores, a vida privada não passa mais a ser regulada apenas pelo caráter patrimonial, mas também pela realização do desenvolvimento do ser humano que convive em sociedade. Fala-se, portanto, em uma despatrimonialização do direito civil, como consequência da sua constitucionalização⁶².

1.4.4.2 O trabalho na Constituição

Após a consolidação dos direitos individuais, o reconhecimento de direitos sociais foi um imperativo na passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito. Esses direitos, chamados de segunda geração ou segunda dimensão, entre eles o direito do trabalho, inscritos pela primeira vez, no Brasil, na Constituição de 1934, refletiam a necessidade de um Estado prestacionista, intervencionista e realizador da chamada justiça distributiva⁶³.

A Constituição de 1988 incluiu os direitos sociais entre os direitos e garantias fundamentais do homem. Ao elencar os fundamentos da República,

⁶¹ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. Op. cit., p. 52.

⁶² LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. Op. cit., p. 53.

⁶³ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. Op. cit., p. 52.

além do mencionado princípio da dignidade da pessoa humana, no inciso seguinte do art. 1º, dispôs os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

A Constituição afirmou, ainda, que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna, na busca da justiça social. Ao enunciar os princípios, menciona a propriedade privada, a livre concorrência, e a livre iniciativa, ao lado da função social da propriedade, da redução das desigualdades sociais e da busca do pleno emprego. Afirma também ser o primado do trabalho a base da ordem social, que tem por objetivos o bem-estar e a justiça sociais.

Aponta, assim, a nossa lei fundamental para a necessidade de se buscar uma harmonização, um equilíbrio entre os interesses dos cidadãos, de modo a garantir que todos possam exercer os direitos constitucionalmente assegurados. Admite-se a propriedade privada, mas essa deve cumprir sua função social; respeita-se a livre iniciativa, mas ao mesmo tempo valorizando socialmente o trabalho humano. A enunciação de conceitos aparentemente contraditórios mostra que se pretende, na verdade, a conciliação dos interesses dos trabalhadores e das empresas.

Como visto, o neoconstitucionalismo sustenta que, tendo como norte a dignidade da pessoa humana deve-se buscar a máxima efetividade da Constituição, executando o projeto de Estado e de sociedade por ela proposto. Assim, deve ser buscada a concretização do direito ao trabalho digno, como direito fundamental do homem⁶⁴. Se é um valor insculpido na Constituição, a sua força normativa exige que há de ser garantido e não apenas enunciado.

O trabalho digno é fator da construção da identidade social do homem. O fim ético do trabalho não deve ser sobreposto pelo seu fim econômico, que reconhece o homem apenas como instrumento do processo produtivo.

O reconhecimento da hipossuficiência do trabalhador torna necessária a intervenção do Estado para dar-lhe condições materiais e não apenas formais de exercer seus direitos sociais em plenitude.

⁶⁴ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006, p. 51.

1.4.4.3 Aplicabilidade da norma relativa à proteção da relação de emprego

No que concerne aos direitos dos trabalhadores, a Constituição estabeleceu, em primeiro lugar, a proteção da relação de emprego contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa. Ela tem sido consagrada em inúmeros países e também nas normas da Organização Internacional do Trabalho – OIT.

Como se mostrará adiante, essa proteção é indispensável por vários motivos. Em todo o contexto exposto de valorização do trabalho, a proteção da relação de emprego contra a dispensa arbitrária aparece como norma carente de aplicabilidade. A forma como a dispensa é tratada hoje está longe de corresponder à promoção da dignidade do homem-trabalhador que a Constituição apregoa.

Como visto, o neoconstitucionalismo exige que seja dada à Constituição uma interpretação que lhe garanta a máxima efetividade e isso não vem sendo feito em relação à proteção do emprego. Tem sido feita a opção por uma interpretação restritiva, entendendo a proteção como uma espécie de norma programática, que não configuraria um direito subjetivo de eficácia imediata.

Contudo, André Ramos Tavares⁶⁵ esclarece, quanto às normas programáticas, que existem duas categorias: as normas inalcançáveis, que jamais passam de programáticas e as normas que não são implementadas por simples falta de motivação política dos administradores e governantes responsáveis. Segundo o autor, as primeiras precisam ser erradicadas dos corpos constitucionais, podendo figurar, no máximo, como objetivos a serem alcançados a longo prazo, enquanto as segundas precisam ser cobradas do Poder Público.

A proteção à relação de emprego se encaixa na segunda categoria, que deve ser cobrada do Poder Público. Ela não representa um objetivo a ser alcançado a longo prazo, mas uma necessidade premente do trabalhador e que reúne todas as condições de ser implementada imediatamente.

⁶⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37.

Negar isso é dar à relação de emprego o que Marcelo Neves⁶⁶ chama de constitucionalização simbólica: abranda-se um conflito político interno incluindo na Constituição uma matéria aparentemente progressista, que satisfaz os dois lados, mas cuja execução é dilatada no tempo, transferindo-se para um futuro indeterminado a solução do conflito social subjacente.

É discutida na literatura justrabalhista o grau de aplicabilidade da norma referente à proteção da relação de emprego. Como o art. 7º, inciso I, menciona a edição de uma lei complementar, foram iniciados grandes debates acerca de sua eficácia, quando do advento da Constituição de 1988.

Para alguns autores⁶⁷, o art. 7º, inciso I, da Constituição, ao remeter a regulamentação da proteção à lei complementar, seria uma norma não auto-aplicável, enquanto não promulgada essa lei, valendo por enquanto, a regra do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, que majora a multa sobre o FGTS para 40% (quarenta por cento).

A edição da lei complementar, para essa corrente, é imprescindível para delinear os contornos dessa proteção. O art. 7º, inciso I, ao exigir a lei complementar, está a impor a regulamentação do preceito para a aquisição de plena eficácia⁶⁸.

Regra geral, todas as normas constitucionais apresentam eficácia⁶⁹. Não há nenhuma norma constitucional isenta de vigência, nem mesmo as programáticas. Todas as disposições constitucionais têm a possibilidade de produzir, a sua maneira, concretamente, os efeitos jurídicos por ela visados⁷⁰. Ao defender o contrário, corre-se o risco de permitir que qualquer norma seja classificada como programática, para justificar a sua falta de executoriedade.

A lei complementar tem a função de integrar a norma constitucional para que realize sua finalidade específica. Muitas matérias são enunciadas na

⁶⁶ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 42.

⁶⁷ RAMOS, Saulo. *Parecer a consulta formulada pela FEBRABAN*. São Paulo: mai. 1996, p. 25-26. No julgamento da ADIn. 1480, o STF concluiu que o art. 7º, inciso I, da Constituição é norma de eficácia limitada, de modo que a proteção nela referida dependia de regulamentação por lei complementar para que pudesse ser aplicada às situações concretas.

⁶⁸ RAMOS, Saulo. *Parecer a consulta formulada pela FEBRABAN*. *Op. cit.*, p. 16.

⁶⁹ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. *Op. cit.*, p. 199.

⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 120.

Constituição em linhas gerais, assim, quando um determinado preceito constitucional é incompleto, torna-se necessária a sua complementação para definir detalhes que não cabem no texto maior.

É possível dizer que a plena vigência do dispositivo constitucional, dependente de complementação, somente ocorre após a edição da lei integradora. A lei complementar garante, pois, a sua completa exequibilidade, mas isso não significa dizer que ela não tenha certo grau de aplicabilidade por si mesma. Não existem normas constitucionais que dependem totalmente da produção de outro ato legislativo para que possam ser aplicadas. A integração legislativa se relaciona com a sua aplicabilidade, mas com ela não se confunde.

Na classificação de José Afonso da Silva⁷¹, as normas de eficácia limitada são aquelas que dependem da emissão de uma lei integrativa infraconstitucional para que produzam todos os seus efeitos. Possuem, no entanto, certo grau de eficácia, pois têm caráter imperativo e vinculativo, interferindo o legislador ordinário tão-somente para aperfeiçoamento de sua aplicabilidade. Criam situações jurídicas subjetivas de vantagem ou desvantagem e impõem certos limites à autonomia de determinados sujeitos, privados ou públicos. Nesse sentido, impedem que o legislador infraconstitucional edite normas contrárias ao preceito previsto, as quais serão, desse modo, inconstitucionais. Assim, estabelecem um dever para o legislador ordinário e limitam a legislação futura, além de condicionar também a atividade da Administração e do Judiciário⁷².

Para Maria Helena Diniz⁷³, enquanto não for publicada a lei, esse tipo de norma não produz efeitos positivos, mas têm eficácia paralisante, impeditiva de qualquer conduta contrária ao que estabelecerem.

⁷¹ O autor divide as normas constitucionais em três categorias, de acordo com a sua eficácia jurídica: normas de eficácia plena são aquelas imediatamente aplicáveis, que não dependem de regulamentação por legislação infraconstitucional, para que possam reger as situações por elas previstas; normas de eficácia contida também são de aplicabilidade imediata, mas permitem que sua eficácia seja restringida através de um diploma infraconstitucional; e normas de eficácia limitada são aquelas que dependem da emissão de leis para que se tornem plenamente eficazes.

⁷² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 139 e 164.

⁷³ DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. Op. cit., p. 117.

No que se refere às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, José Afonso da Silva afirma que têm aplicação imediata, em virtude do disposto no art. 5º, §2º da Constituição. Especificamente em relação às regras de direito social, que geralmente dependem de outra lei e, por isso se encaixam na categoria de normas de eficácia limitada, o autor defende que elas são aplicáveis até onde for possível, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Isso significa, por exemplo, que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado⁷⁴.

Segundo aponta a doutrina, os direitos individuais foram se transformando até atingir eficácia plena e imediata, fenômeno que começa a concretizar-se também em relação aos direitos sociais, econômicos e culturais a partir de sua positivação constitucional. A ordem social adquire dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-la sistematicamente, como elementos sócio-ideológicos que revelam o caráter de compromisso das constituições no Estado Democrático de Direito⁷⁵.

Impedir a realização dos direitos fundamentais sociais significa atribuir sua normatividade à lei e não reconhecer sua real força dirigente originária da Constituição⁷⁶.

Ao analisar o art. 7º, inciso I, José Afonso da Silva entende que a norma é de aplicabilidade imediata. O autor considera que a garantia do emprego nos termos da Constituição é por si só suficiente para gerar o direito nela previsto. À lei complementar caberia apenas determinar os limites dessa aplicabilidade, com a definição dos seus elementos (despedida arbitrária e justa causa)⁷⁷.

Da exigência constitucional não se pode entender que a proibição de dispensa arbitrária ou sem justa causa dependa de lei complementar para ter

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 409.

⁷⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. *Op. cit.*, p. 140.

⁷⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. *Op. cit.*, p. 145.

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 290.

eficácia jurídica. A proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa é uma garantia constitucional dos trabalhadores, norma de eficácia plena⁷⁸.

A lei complementar não deverá surgir para tornar exequíveis os conceitos de despedida arbitrária com ou sem justa causa, mas tão somente a fim de regular a indenização compensatória, no caso de a rescisão contratual verificar-se sem a observância das limitações constitucionais⁷⁹.

O máximo que uma lei complementar poderia fazer seria regular o preceito constitucional, mas não impedir sua eficácia. Desse modo, a complementação mencionada pelo dispositivo diz respeito apenas aos efeitos do descumprimento do direito por ele assegurado.

⁷⁸ MARQUES, Fernanda Antunes. *Dispensa imotivada: captura da subjetividade do trabalhador*. Revista IOB: trabalhista e previdenciária, v. 21, n. 243, p. 22-41, set. 2009, p. 34. SCHMIDT, Biannka Jabrayan. *Proteção constitucional contra dispensa arbitrária ou sem justa causa: protagonismo judicial na concreção do direito fundamental ao trabalho*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24. Região, n. 15, p. 121-144, 2010.

⁷⁹ MAGANO, Octávio Bueno. *Proteção da relação empregatícia*. Revista LTr, v. 52, n. 11, p. 311, Nov. 1988.