


O DIREITO À SEGURANÇA NO EMPREGO: LEVANDO O DIREITO AO TRABALHO A SÉRIO¹

Antonio Umberto de Souza Júnior⁽²⁾

1. PRETEXTO DO ESTUDO

 regime jurídico da cessação dos contratos de trabalho é certamente um dos temas mais relevantes no Direito do Trabalho. Guiado, dentre outros, pelo princípio da continuidade da relação de emprego,⁽³⁾ o Direito do Trabalho conspira a favor da preservação dos empregos – fator de equilíbrio social, de paz familiar e de dinamismo da economia nacional.

Não se ignora que, sendo o trabalho humano um ingrediente relevante no desenvolvimento das economias capitalis-

¹ O presente texto compreende a contribuição escrita da intervenção do autor no II Seminário Internacional de Direito do Trabalho, promovido pelo IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público, no dia 28 de setembro de 2015, em Brasília-DF, em painel dividido com o Ministro MÁRCIO EURICO VITRAL AMARO, do Tribunal Superior do Trabalho, com a temática “Extinção do contrato de trabalho: motivação da dispensa em massa e dispensa discriminatória”. Agradeço a oportunidade dada pela organização do evento, em especial ao Ministro do Tribunal Superior do Trabalho IVES GANDRA MARTINS FILHO. O subtítulo é uma óbvia “paródia” da obra de RONALD DWORKIN (*Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002).

² Professor e Coordenador do Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho do IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público. Professor e Coordenador do Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho da Atame Cursos e Pós-Graduação em Brasília, Goiânia e Palmas. Professor do UniCEUB – Centro Universitário de Brasília, da ENAMAT – Escola Nacional de Formação dos Magistrados do Trabalho e da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Mestre em Direito e Estado pela Faculdade de Direito da UnB. Ex-Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (2007-2009). Juiz Titular da 6ª Vara do Trabalho de Brasília.

³ Conferir, por todos: RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*, 3ª ed. Trad. Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 2000, p. 239-248.

tas, seja absolutamente natural que a maior ou menor vulnerabilidade dos empregados à normalmente indesejada dispensa não fique presa somente ao teor das normas e teorias jurídicas. Também oscila ao sabor dos momentos de pujança e de crise do país, de estabilidade e de revolução na metodologia e nas técnicas de produção e de maior ou menor intervencionismo estatal na economia e no mercado de trabalho.

Contudo, neste despretenso estudo, o propósito é procurar enxergar o atual regime brasileiro de desligamentos de empregados, com ênfase nas limitações jurídicas a sua efetivação. Procura-se aqui, pelo método indutivo,⁽⁴⁾ tentar extrair do contexto normativo e do cenário jurisprudencial uma possível teoria regente das modalidades de rescisão do contrato de trabalho por iniciativa do empregador.

2. A DISPENSA DE EMPREGADOS COMO DIREITO POTESTATIVO DO EMPREGADOR

Classicamente, sempre se considerou o despedimento de empregados como um direito potestativo de todo empregador, ou seja, a deflagração do processo de extinção do contrato de trabalho pelo empregador normalmente dependia apenas de uma deliberação patronal (como também, na situação inversa, de uma decisão do trabalhador) e tal deliberação não precisava, via de regra, estar escorada em nenhuma razão ou, para ser mais exato, o empregador sempre esteve exonerado do dever de informação ao empregado sobre o motivo do desligamento, tendo ou não uma justificativa ou um móvel para inspirar a sua

⁴ Ou seja, “um processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas”, sendo tal processo composto por três etapas fundamentais: observação dos fenômenos, percepção da possível conexão entre eles e a generalização da relação encontrada (LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia científica*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1991, p. 47-49).

iniciativa rescisória.⁽⁵⁾

Somente quando presente alguma situação geradora de garantia de emprego – permanente (estabilidade) ou temporária – é que tal direito potestativo era inibido, exigindo a existência de um motivo disciplinar (a justa causa) ou técnico, econômico ou financeiro (no caso de despedida dos empregados eleitos para as comissões internas de prevenção de acidentes) ou, ainda, de uma decisão judicial declaratória prévia da existência de conduta irregular do empregado (nos inquéritos judiciais para apuração de falta grave contra empregados estáveis, dirigentes sindicais e outros empregados destinatários de algumas outras modalidades de garantia de emprego definidas em lei).

Ou seja, inicialmente, o despedimento de empregados, em regra, não dependia de nada além do aceno negativo de seu empregador. À moda do Imperador romano no centro da tribuna do Coliseu ou tal qual a implacável Rainha de Copas de Alice, bastava que o empregador sinalizasse e aquelas “cabeças” eram cortadas dos quadros da empresa.

Aos empregados não-estáveis restava o consolo das salvaguardas financeiras,⁽⁶⁾ forjadas ao longo de décadas de evolução da legislação trabalhista estadonovista: indenização de antiguidade (CLT, art. 478), aviso prévio (CLT, art. 487) atualmente proporcional ao tempo de serviço (Lei nº 12.506/2011), indenização de férias (CLT, art. 146) e do 13º-salário (Lei nº 4.090/62, art. 3º), FGTS (sucessivamente, Leis nºs 5.107/66, 7.839/89 e 8.036/90), indenização compensatória apurada sobre o FGTS (atualmente regulada no art. 18, § 1º, da Lei nº 8.036/90), indenização adicional nas dispensas realizadas no mês anterior à data-base da categoria do empregado

⁵ Por todos, classificando a prerrogativa do empregador de dispensar seus empregados sem justa causa como um direito potestativo de caráter receptício: MARANHÃO, Délio (com atualização de João de Lima Teixeira Filho). Extinção do contrato de trabalho. In SÜSSEKIND, Arnaldo *et alli*. *Instituições de Direito do Trabalho*, I, 21ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 561-562.

⁶ As chamadas *limitações trabalhistas impróprias* (RODRIGUEZ, ob. cit., p. 265).

despedido (art. 9º das Leis nºs 6.708/79 e 7.238/84) e seguro-desemprego (CF/1.946, art. 157, XV; Decreto-lei nº 2.283/86, arts. 26 a 33; Decreto-lei nº 2.284/86, arts. 25 a 32, e Lei nº 7.998/90). Ou seja, a inibição ao exercício do direito potestativo do empregador a dispensar seus empregados sem justa causa era viabilizada por mecanismos indiretos – a oneração dos encargos rescisórios.

3. O DIREITO DE ROMPER CONTRATOS DE TRABALHO NO NOVO AMBIENTE CONSTITUCIONAL

Tal quadro de quase irrestrita liberdade rescisória experimenta importante mudança com a nova ordem constitucional. Afinal, a Constituição de 1988:

- I. erige a dignidade da pessoa humana como valor fundante – juntamente com “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º, III e IV)⁽⁷⁾ – de uma república que tem como objetivos essenciais a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária” em que se “promova o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, III e IV) e, como princípio, a “prevalência dos direitos humanos” (art. 4º, II);
- II. elege, dentre os direitos fundamentais sociais merecedores de maior destaque e densidade, o direito ao trabalho (art. 6º);⁽⁸⁾
- III. como desdobramento eficaz do direito ao trabalho, a par de reiterar algumas salvaguardas financeiras compensatórias antes alojadas na legislação ordinária, proíbe práticas

⁷ Acerca do tema, conferir: BOCORNY, Leonardo Raupp. *A valorização do trabalho humano no Estado democrático de direito*. Porto Alegre: SAFe, 2003.

⁸ Discorrendo sobre as diversas possibilidades abertas pela introdução do direito ao trabalho, na experiência constitucional portuguesa, a ser abordada mais adiante neste estudo: CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*. Coimbra: Almedina, 1985, p. 110-113

discriminatórias “por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”, em rol meramente exemplificativo, ou, ainda, por ser o empregado pessoa com deficiência (art. 7º, XXX e XXXI);

- IV. restringe a livre iniciativa, agregando à manutenção do tradicional direito de propriedade individual a sua função social (CF, art. 5º, XXII e XXIII),⁽⁹⁾ o que respinga no Direito do Trabalho vez que as empresas, à luz do figurino constitucional do direito de propriedade, devem ser geridas com vistas ao atingimento de objetivos que transcendem a mera busca máxima de lucros. O contrato de trabalho – a exemplo dos contratos em geral – não pode prescindir da função social pela inerência das relações negociais à propriedade do titular do capital.⁽¹⁰⁾

Uma ordem constitucional tão valorizadora da pessoa humana, do trabalho e da função social da propriedade não poderia conservar o ambiente de liberdade rescisória dos contratos laborais de forma (quase) irrestrita, tão cara ao Estado liberal.

⁹ Sobre o direito de propriedade e as limitações possíveis decorrentes de sua função social e do princípio da proporcionalidade: MENDES, Gilmar Ferreira. O direito de propriedade na Constituição de 1988. In IDEM *et alli*. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 481-483.

¹⁰ Sobre o tema, com vários exemplos ilustrativos, vide: PAES, Arnaldo Boson. *Função social do contrato nas relações de trabalho*. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n.º 2934, 14 jul.2011. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/19545>. Acesso em 28 set. 2015. Ver ainda: RODRIGUES, Natália Queiroz Cabral. *Relação de trabalho sadia: função social da propriedade versus livre-iniciativa*. São Paulo: LTr, 2015, p. 98-105; SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *A função social do contrato, a solidariedade e o pilar da modernidade nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

Digno de destaque o detalhe da topografia constitucional da *função social da propriedade*: não foi ela alojada no mesmo inciso em que figura o *direito à propriedade*. Tal segregação textual permite a ilação de que a *função social da propriedade* não é apenas uma limitação do *direito à propriedade*, ou seja, não foi instituída na Carta Magna como elemento secundário de compressão do núcleo essencial do direito fundamental a ela conexo. Em outras palavras, a *função social da propriedade* é um direito fundamental (de dimensão tanto individual quanto metaindividual) colidível com o direito de propriedade (e não apenas limitativo deste).

Daí a promessa constitucional do advento de uma lei complementar que contemplasse um regime de “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa” mediante a previsão de “indenização compensatória, dentre outros direitos” (CF, art. 7º, I). Receoso da letargia do Parlamento na regulamentação desse expressivo direito social, o poder constituinte originário estabeleceu disciplina interina para a matéria:

- I quadruplicando a indenização paga sobre o FGTS nas dispensas imotivadas;
- II constitucionalizando a vedação da dispensa imotivada dos empregados eleitos para representar os trabalhadores nas comissões internas de prevenção de acidentes (CIPAs) e
- III instituindo a garantia temporária de emprego das mulheres desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (ADCT, art. 10).

4. A EMERGÊNCIA DE UM NOVO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Analisando o panorama jurídico emergente da nova ordem constitucional, é possível perceber um movimento migratório cada vez menos tímido e mais nítido – mesmo antes do pagamento parlamentar da promessa constitucional de uma lei disciplinadora da proteção contra a despedida, ainda distante de aprovação ⁽¹¹⁾ que, paulatinamente, tem contraído a ampla

¹¹ Apenas considerando as propostas em tramitação, aguardam deliberação, na Câmara dos Deputados, os PLPs nºs 33/88, 112/89, 22/91, 4/95, 66/95, 212/01, 179/04, 385/06, 289/08, 414/08, 59/11 e 127/15; já no Senado Federal estão em tramitação os PLS (Complementar) nºs 94/88, 152/92, 292/04, 145/06, 521/09 e 274/12 (informações coletadas nos sítios das duas Casas na rede mundial de computadores: <http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?numero=&ano=&autor=&inteiroTeor=despedida+arbitr%C3%A1ria&emtramitacao=Sim&tipoproposicao=%5BPLP+-+Projeto+de+Lei+Complementar%5D&data=08/10/2015&page=false> e

liberdade rescisória puramente discricionária, tradicionalmente reconhecida aos empregadores em geral.

Tal movimento migratório passa pela construção legislativa e jurisprudencial que captou a distinção entre *dispensa sem justa causa* e *dispensa arbitrária* – inicialmente menos-prezada pela doutrina ao se considerarem locuções equivalentes de retórica vazia de significado para seu uso conjunto, no inciso I do art. 7º da Constituição Federal —⁽¹²⁾ a *dispensa sem justa causa* como sinônima de desligamento de empregado em decorrência de necessidades presumidas e legítimas do empreendimento (adequação à demanda de produtos ou serviços comercializados, adaptação a inovações tecnológicas, mudança de ramo da atividade e frustração do desempenho e da produtividade do empregado, dentre outros) e a *dispensa arbitrária* como sinônima de dispensa por motivos eticamente repugnantes (preconceito, retaliação, perseguição, capricho). Ou, mais sinteticamente, a *dispensa sem justa causa* como despedida por motivos lícitos e por isso aceitáveis e a *dispensa arbitrária* como dispensa por motivos ilícitos e por isso inaceitáveis.

Assim, no plano legislativo, são dignas de lembrança as seguintes disposições:

I o art. 93 da Lei nº 8.213/91, que instituiu a obrigatoriedade de manutenção de percentual mínimo de empregados com deficiência, no âmbito das empresas em geral, condicionando, assim, a dispensa de empregados em tal situação à

http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias?p_p_id=materia_WAR_atividadeportlet&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&materia_WAR_atividadeportlet_ordem=&materia_WAR_atividadeportlet_p=1&materia_WAR_atividadeportlet_palavraChave=despedida+arbitr%C3%A1ria. Matérias acessadas em 28 set. 2015). 7

¹² No sentido da simetria semântica das duas locuções constitucionais, ainda que, contraditoriamente, captando, em seguida, um sentido peculiar às dispensas arbitrárias como aquelas resultantes de do “bel-prazer, capricho ou iniquidade do empregador”: BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 375.

- contratação paralela de pessoas com limitações físicas em quantidade igual ou superior às dispensas;
- II a Lei nº 9.029/95, que proíbe práticas discriminatórias contra a mulher e que foi jurisprudencialmente alargada para inibir as práticas discriminatórias em geral,⁽¹³⁾ inclusive nas dispensas, com a possibilidade de “readmissão” (é o termo utilizado pela lei) e indenização compensatória adicional, em favor do empregado maltratado, para reparação financeira dos danos materiais e extrapatrimoniais oriundos de conduta patronal odiosa;
- III a ratificação da Convenção 158/OIT, que veda o despedimento de empregados sem alguma causa juridicamente válida (Decreto nº 1.855/96, art. 4º),⁽¹⁴⁾ posteriormente de-

¹³ Apenas para ilustrar: “RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO RESCISÓRIA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DOENÇA INCAPACITANTE PARA A ATIVIDADE CONTRATUAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 3º, IV, E 5º, XLI, DA CARTA MAGNA E 1º DA LEI Nº 9.029/95. CONFIGURAÇÃO. 1. Em reverência ao princípio da continuidade da relação de emprego, o legislador constituinte erigiu a proteção contra despedida arbitrária à garantia fundamental dos trabalhadores. Nesse aspecto, ressoa o inciso I do art. 7º da Constituição Federal. Há situações em que nem mesmo as compensações adicionais (arts. 7º, XXI, e 10, -caput- e inciso I, do ADCT) se propõem a equacionar a desigualdade social inaugurada pelo desemprego. É o caso. Com o fito de combater a dispensa discriminatória e em consagração ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, esta Corte Trabalhista formulou a diretriz que emana do verbete Sumular nº 443, a saber: -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-. 2. Assente que a rescisão contratual, por iniciativa do empregador, sem justo motivo, efetivou-se logo após ciência da doença (deficiência visual), que incapacitou o empregado para o exercício da atividade contratada (motorista), sem utilizar-se do instituto da readaptação funcional. Nítida, pois, a feição discriminatória da despedida, transcendendo o -jus potestati- do empregador de por fim ao contrato de trabalho a seu livre alvedrio. A Egrégia Corte Regional, ao decidir de modo diverso, violou os arts. 3º, IV, 5º, XLI, da Constituição Federal e 1º da Lei nº 9.029/95. Recurso ordinário em ação rescisória conhecido e parcialmente provido” (TST, SDI 2, ROAR 256-49.2012.5.09.0000, BRESCIANI, j. 30/9/2014, DEJT 3/10/2014).

¹⁴ “Art. 4º. Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.”

nunciada pelo Poder Executivo (por intermédio do Decreto nº 2.100/96, impugnado na ADI 1625, com julgamento em andamento cujo placar provisório de 3 votos a 1 aponta para uma interpretação do aludido decreto conforme a Constituição para exigir o pronunciamento prévio do Congresso Nacional como condição *sine qua non* de eficácia da denúncia do mencionado tratado internacional) e reenviada ao Parlamento pelo Presidente da República de então (MSC nº 59/2008), atualmente ao aguardo de deliberação final no âmbito da Câmara dos Deputados.⁽¹⁵⁾

Também no plano jurisprudencial, percebe-se a edificação de condicionamentos judiciais para validação dos atos de dispensa de empregados, em certas circunstâncias:

- I. mediante o reconhecimento da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal, na redação anterior à Emenda Constitucional nº 19/98 aos empregados públicos em geral, desde que admitidos sob o reinado normativo do texto magno original;⁽¹⁶⁾
- II. mediante o tardio acolhimento do insistente apelo doutrinário para que, em nome dos princípios constitucio-

¹⁵ Consoante informações disponíveis no sítio da Câmara dos Deputados na rede mundial de computadores (<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=383867>. Acesso em 28 set. 2015)

¹⁶ “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO CONVERTIDO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EMPREGADO PÚBLICO. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO ANTERIOR À EC 19/98. ESTABILIDADE. A garantia da estabilidade, prevista no artigo 41 da Constituição, estende-se aos empregados públicos celetistas, admitidos em período anterior ao advento da EC n. 19/98. Agravo regimental a que se dá provimento” (STF, 2ª T., AI-AgR 472685, EROS, j. 16/9/2008, DJe 6/11/2008).

Incompreensível a sinalização ao avesso na Súmula 390/II/TST: “Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988”. O verbete estaria constitucionalmente conformado se se realçasse que tal diretriz não se aplica aos servidores admitidos anteriormente à vigência da Emenda Constitucional nº 19/98, pois só a partir desta o texto do art. 41 contemplou, exclusivamente, os servidores estatutários.

nais da isonomia, impessoalidade e moralidade e da exigência de motivação dos atos administrativos em geral, as dispensas de empregados públicos permanentes, mesmo quando empregadora uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista, sejam respaldadas por justificativa, prévia e devidamente explicitada,⁽¹⁷⁾ sob pena de reintegração;⁽¹⁸⁾

¹⁷ À guisa de exemplo: “Assim como a contratação de pessoal nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista sofre o condicionamento aludido, também não é livre o desligamento de seus empregados. Cumpre que haja razões presentes e demonstráveis para efetuar-lo, já que seus administradores não gerem negócio particular, onde prepondera o princípio da autonomia da vontade, mas conduzem assunto de interesse de toda a coletividade, cuja gestão sempre reclama adscrição à finalidade legal preestabelecida, exigindo, pois, transparência, respeito à isonomia e fundamentação satisfatória para os atos praticados. Daí que a despedida de empregado demanda apuração regular de suas insuficiências ou faltas, com direito à defesa e, no caso de providências amplas de enjugamento de pessoal, prévia divulgação dos critérios que presidirão as dispensas, a fim de que se possa conferir a impessoalidade das medidas concretamente tomadas. Perante dispensas ilegais, o empregado terá direito à *reintegração* no emprego, e não meramente indenização compensatória, pois não estão em pauta interesses puramente privados, mas sobretudo o princípio da legalidade da Administração, o qual é garantia de todos os cidadãos e ao qual, portanto, todos fazem jus” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 262-263).

¹⁸ “EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO. I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes. II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III - A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho” (STF, Pleno, RE 589998, LEWANDOWSKI, j. 20/3/2013, DJe 11/9/2013).

Ao que se extrai da fundamentação, não tomou em conta a Suprema Corte a extensão legal dos privilégios próprios da Fazenda Pública à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Decreto-lei nº 509/69, art. 12), mas tão somente a incidência de

- III. mediante a vedação da dispensa imotivada de empregados por prática discriminatória em virtude de:
- iii.1) exercício do direito de ação ou prestação de testemunho contra o empregador em juízo (dispensa retaliatória);⁽¹⁹⁾*

princípios constitucionais influentes do comportamento administrativo de todas as pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública. Nesse cenário, é insustentável a diretriz jurisprudencial restritiva da OJ 247/SDI-1/TST, ao exigir a motivação nas dispensas de empregados apenas da ECT. A despeito de preservar intacto o verbete jurisprudencial, o TST tem aderido – como não poderia deixar de ser pela força vinculante irresistível dos julgados do STF com repercussão geral reconhecida – ao posicionamento da Suprema Corte. Neste sentido: “AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PÚBLICO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DO ATO DEMISSSIONAL. DECISÃO PROFERIDA PELO STF EM PROCESSO DE REPERCUSSÃO GERAL. AFASTAMENTO DO ITEM I DA OJ N.º 247 DA SBDI-1 DO TST. O v. Acórdão Regional considerou ser necessária a motivação para a dispensa de empregado público estadual, admitido mediante concurso público. Ao assim pronunciar, a Decisão regional adotou entendimento que se coaduna com a iterativa, notória e atual jurisprudência deste c. Tribunal, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 589.998-PI, pelo ex. STF. A negativa de seguimento ao Recurso de Revista, por assim dizer, está escorada na regra do artigo 896, § 7º, da CLT e na Súmula n.º 333 do TST. Agravo de Instrumento conhecido e desprovido” (TST, 4ª T., AIRR 441-12.2010.5.15.0026, RIBAMAR, j. 9/9/2015, DEJT 11/9/2015).

¹⁹ “DISPENSA RETALIATÓRIA - DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DO AJUIZAMENTO DE RECLAMATÓRIA TRABALHISTA - ABUSO DE DIREITO - REINTEGRAÇÃO Demonstrado o caráter retaliatório da dispensa promovida pela Empresa, em face do ajuizamento de ação trabalhista por parte do Empregado, ao ameaçar demitir os empregados que não desistissem das reclamatórias ajuizadas, há agravamento da situação de fato no processo em curso, justificando o pleito de preservação do emprego. A dispensa, nessa hipótese, apresenta-se discriminatória e, se não reconhecido esse caráter à despedida, a Justiça do Trabalho passa a ser apenas a justiça dos desempregados, ante o temor de ingresso em juízo durante a relação empregatícia. Garantir ao trabalhador o acesso direto à Justiça, independentemente da atuação do Sindicato ou do Ministério Público, decorre do texto constitucional (CF, art. 5º, XXXV), e da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (arts. VIII e X), sendo vedada a discriminação no emprego (convenções 111 e 117 da OIT) e assegurada ao trabalhador a indenidade frente a eventuais retaliações do empregador (cfr. Augusto César Leite de Carvalho, -Direito Fundamental de Ação Trabalhista-, in Revista Trabalhista: Direito e Processo, Anamatra - Forense, ano 1, v.1, n. 1 - jan/mar 2002 - Rio). Diante de tal quadro, o pleito reintegratório merece agasalho. Recurso de embargos conhecido e provido” (TST, SDI 1, E-RR

iii.2) filiação ou militância sindical (prática antissindical);⁽²⁰⁾

7633000-19.2003.5.14.0900, IVES, j. 29/3/2012, DEJT 13/4/2012).

²⁰ “RECURSO DE REVISTA. 1. DESPEDIDA DE INTEGRANTE DE UM GRUPO MINORITÁRIO ENVOLVIDO NO MOVIMENTO PAREIDISTA E EM FACE DE ASSOCIAÇÃO PARA FUNDAR SINDICATO PROFISSIONAL. CARACTERIZAÇÃO DE TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO. CONDUTA ANTISINDICAL (CONVENÇÕES 98 E 135 DA OIT). DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO VALOR SOCIAL DO TRABALHO. (ART. 1º, III E IV, DA CF). REINTEGRAÇÃO. 2. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO. SÚMULAS 219 E 329/TST. Discriminação é a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada. O princípio da não discriminação é princípio de proteção, de resistência, denegatório de conduta que se considera gravemente censurável. Portanto, labora sobre um piso de civilidade que se considera mínimo para a convivência entre as pessoas. A conquista e afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural - o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego. As proteções jurídicas contra discriminações na relação de emprego são distintas. A par das proteções que envolvem discriminações com direta e principal repercussão na temática salarial, há as proteções jurídicas contra discriminações em geral, que envolvem tipos diversos e variados de empregados ou tipos de situações contratuais. Embora grande parte desses casos acabem por ter, também, repercussões salariais, o que os distingue é a circunstância de serem discriminações de dimensão e face diversificadas, não se concentrando apenas (ou fundamentalmente) no aspecto salarial. No caso concreto, vale enfatizar algumas premissas consignadas pelo Tribunal Regional no julgamento do recurso ordinário, quais sejam: a) os dez grevistas, inclusive o Reclamante, foram despedidos em razão da adesão à greve e a respectiva associação para fundar o Sindvalores, no qual o obreiro tomou posse como membro do Conselho Fiscal; b) o resultado positivo da avaliação à qual o obreiro foi submetido 30 dias antes da dispensa demonstra sua aptidão para o exercício das suas funções; c) a contratação de três novos trabalhadores após a saída do obreiro revela que a dispensa não decorreu de excesso de trabalhadores. Nesse contexto, a prática da Reclamada contrapõe-se aos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente àqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana e da valorização do trabalho humano (art. 1º, III e IV, da CR/88) e à isonomia de tratamento (art. 5º, caput, da CR/88), sem contar a vedação à prática de atos antissindicais (arts. 2-1 e 2, Convenção nº 98 da OIT; art. 1º, Convenção 135 da OIT). Assim, o recurso de revista não preenche os requisitos previstos no art. 896 da CLT, pelo que inviável o seu conhecimento. Recurso de revista não conhecido” (TST, 3ª T., RR 900-

iii.3) ter o empregado o vírus HIV, a SIDA (AIDS) ou “outra doença grave que suscite estigma ou preconceito” (Súmula 443/TST);⁽²¹⁾

iii.4) dispensa coletiva, somente válida mediante prévia negociação coletiva das condições de elegibilidade e de compensação financeira ou social dos empregados afetados.⁽²²⁾

Claramente, a partir dos exemplos ilustrativos significativos destacados aqui, a omissão inconstitucional do Congresso Nacional – ao demorar injustificadamente para aprovar a lei complementar programada no inciso I do art. 7º da Constituição Federal – tem delineado um fenômeno de mutação constitucional a transformar a norma magna de proteção contra des-

83.2009.5.23.0007, GODINHO, j. 26/2/2014, DEJT 7/3/2014).

²¹ “DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. 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.”

²² “DISPENSA COLETIVA. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. A despedida individual é regida pelo Direito Individual do Trabalho, que possibilita à empresa não motivar nem justificar o ato, bastando homologar a rescisão e pagar as verbas rescisórias. Todavia, quando se trata de despedida coletiva, que atinge um grande número de trabalhadores, devem ser observados os princípios e regras do Direito Coletivo do Trabalho, que seguem determinados procedimentos, tais como a negociação coletiva. Não é proibida a despedida coletiva, principalmente em casos em que não há mais condições de trabalho na empresa. No entanto, devem ser observados os princípios previstos na Constituição Federal, da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da função social da empresa, previstos nos artigos 1º, III e IV, e 170, *caput* e III, da CF; da democracia na relação trabalho capital e da negociação coletiva para solução dos conflitos coletivos, (arts. 7º, XXVI, 8º, III e VI, e 10 e 11 da CF), bem como as Convenções Internacionais da OIT, ratificadas pelo Brasil, nas Recomendações nos 98, 135 e 154, e, finalmente, o princípio do direito à informação, previsto na Recomendação nº 163, da OIT e no artigo 5º, XIV, da CF/88. A negociação coletiva entre as partes é essencial nestes casos, a fim de que a dispensa coletiva traga menos impacto social e atenda às necessidades dos trabalhadores, considerados hipossuficientes. Precedente. Acrescente-se que configura conduta antissindical a dispensa em massa de trabalhadores justificada por participação em movimento reivindicatório” (TST, SDC, RO 51548-68.2012.5.02.0000, KÁTIA, j. 12/5/2014, DEJT 16/5/2014).

pedida sem justa causa ou arbitrária em direito tutelado por norma de efeito imediato e direto, ao menos como defesa contra atos arbitrários. Neste sentido:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA TRABALHISTA. ART. 453 DA CLT. EXTINÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO PELA APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. *A interpretação conferida pelo Tribunal Superior do Trabalho ao art. 453 da CLT, segundo a qual a aposentadoria espontânea do empregado importa na ruptura do contrato de trabalho (Orientação Jurisprudencial nº 177 da SDI-1), viola o postulado constitucional que veda a despedida arbitrária, consagrado no art. 7º, I, da Constituição Federal.* Precedentes. 2. Agravamento regimental improvido (STF, 2ª T., AI-AgR 465469, ELLEN, j. 23/6/2009, DJE 6/8/2009)

Em outros termos, a conjugação do direito fundamental ao trabalho, da valorização do trabalho humano, da função social da propriedade (e, por extensão, dos pactos laborais) e da proteção contra a despedida arbitrária, todos extraídos do texto constitucional, como já demonstrado, acabou por fecundar ou revelar um direito fundamental social implícito⁽²³⁾ e já concretizado na realidade brasileira – o *direito à segurança no emprego*,⁽²⁴⁾ inconfundível com o explícito *direito à segurança e à saúde no trabalho*, corolário do direito ao meio ambiente (in-

²³ Não mais surpreende, no constitucionalismo contemporâneo, a “descoberta” de direitos e princípios constitucionais implícitos, resultantes da conjugação de mais de um dispositivo do texto constitucional – de que são bons exemplos os princípios da segurança jurídica e da proporcionalidade e o direito de resistência. Reconhecendo os princípios constitucionais implícitos: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, II, 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 231.

²⁴ Reconhecendo o *direito à segurança no emprego* no plano constitucional, mas ainda condicionado ao advento da lei complementar prometida no inciso I do art. 7º da Constituição Federal: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 188. Reconhecendo a possibilidade da existência de tal direito, ainda que sem o mesmo rótulo (preferiu o autor chamá-lo de *critério motivado para validade das rupturas contratuais trabalhistas*), mas sem percebê-lo como hipótese genérica invocável, genérica e imediatamente, na realidade jurídica brasileira contemporânea: DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 14ª ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 1202-1203.

clusive laboral) saudável (CF, arts. 7º, XXII, e 225, *caput* e § 1º, V).

Tal *direito à segurança no emprego* é encontrado, explicitamente, na ordem constitucional portuguesa que a contempla em extensão bem mais arrojada que a gramática constitucional brasileira ao vedar, constitucionalmente, a dispensa de empregados sem a existência de algum motivo, disciplinar ou de outra natureza.⁽²⁵⁾

Adaptando à realidade brasileira contemporânea a taxonomia lusitana,⁽²⁶⁾ pode-se estabelecer, a partir da evolução normativa e jurisprudencial destacada neste estudo, uma nova tipologia das hipóteses autorizadoras da dispensa de empregados, independentemente da obra legiferante aguardada para regulamentação do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal:

- I. dispensa por *justa causa subjetiva*, correspondente a comportamentos imputáveis à pessoa do trabalhador, a propiciar a justa causa por razão disciplinar (CLT, art. 482) ou a servir como motivo embasador da dispensa dos empregados públicos;
- II. dispensa por *justa causa objetiva*, correspondente a comportamentos imputáveis ao empregador, voluntários ou forçados por circunstâncias estranhas à sua vontade, a propiciar o despedimento coletivo ou a dispensa de empregados públicos (assimiláveis, analogicamente, aos motivos extradi disciplinares que ensejam a dispensa dos empregados cipei-

²⁵ Constituição da República Portuguesa, art. 53: “É garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos”.

No plano infraconstitucional português, somente o empregado pode dar por encerrado o contrato de trabalho sem a necessidade de apontar o motivo (Lei nº 55/2014 - Código do Trabalho, art. 400º). O empregador somente pode dispensar os empregados nas hipóteses de justa causa previamente apurada mediante a garantia do contraditório, despedimento coletivo mediante negociação coletiva prévia, extinção de posto de trabalho e inadaptação do empregado, inclusive nos contratos a termo (CT, arts. 351º, 359º, 368º, 375º e 393º).

²⁶ Por todos: MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 848.

ros com garantia temporária de emprego – motivos técnicos, econômicos ou financeiros (CLT, art. 165, *caput*), embora deva o empregador, qualquer que seja o motivo existente, adotar procedimentos objetivos e impessoais na eleição dos empregados a serem dispensados;⁽²⁷⁾

III. dispensa *sem causa discriminatória*, a contemplar os demais casos de dispensa de empregados por iniciativa patronal, somente possível, do ponto de vista jurídico, se o empregador deflagrar o procedimento de despedimento do empregado sem razões indicativas de postura preconceituosa contra o trabalhador.

5. COM JEITO DE CONCLUSÃO

Em síntese, infere-se do “romance em cadeia”⁽²⁸⁾ escrito nos últimos anos pelo Parlamento e, em especial, pelos tribunais que a liberdade rescisória gradativamente tem sido limitada severamente.

Resta saber se esse é o “fim da história”⁽²⁹⁾ ou se, considerada a função social das empresas como mera derivação da função social da propriedade, não será possível ir um pouco além na efetivação do direito à segurança no emprego, lançando ao total ostracismo, por meio da interpretação vigorosa dos princípios constitucionais, a possibilidade de ruptura dos con-

²⁷ No Direito Comparado, fonte formal subsidiária de Direito do Trabalho (CLT, art. 8º), é possível encontrar interessantes soluções a respeito. A legislação argentina, por exemplo, estabelece a obrigatoriedade de se preservarem os empregados com mais tempo de serviço na empresa e, dentre os admitidos no mesmo semestre, os empregados com maiores responsabilidades familiares (Lei nº 20.744/76, art. 247). Sobre tal dispositivo legal portenho: MAZA, Miguel Angel. *Ley de Contrato de Trabajo 20.744 comentada*, 3ª ed. Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 403-405; SUÁREZ, Carina V. *Ley de Contrato de Trabajo: Ley 20.744 y modificatorias comentada, concordada y anotada*. Buenos Aires: Garcia Alonso, 2014, p. 444-447.

²⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 275-279.

²⁹ Parodiando a famosa obra de FUKUYAMA, Francis. *O fim da História e o último homem*. Trad. Aulyde S. Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

tratos de trabalho sem a prévia e explícita indicação do motivo que a justifique. Afinal, não sendo o empregado mercadoria, mas instrumento humano essencial para sua produção, não soa utópico nem radical que a jurisprudência mais adiante venha a banir universalmente a prática de descarte da mão-de-obra fora de circunstâncias social e juridicamente legitimadoras, numa concretização máxima do direito ao trabalho.

Das três classes de possibilidades de desligamento de empregados por iniciativa do empregador, sugeridas na tipologia acima proposta, sem dúvida a terceira é a mais incipiente em termos de construção jurisprudencial. Afinal, como visto, a repressão jurisprudencial, por ora, alcança apenas as dispensas discriminatórias.

Todavia, insiste-se, a interpretação do texto do inciso I do art. 7º da Constituição Federal, à luz central do direito constitucional ao trabalho, autoriza a interpretação de que o núcleo essencial do direito ali inscrito é a vedação da dispensa sem justa causa ou arbitrária, servindo a “indenização compensatória, dentre outros direitos” aos casos em que haja motivo juridicamente sustentável para o desligamento de empregados por iniciativa do empregador. E motivo juridicamente sustentável será aquele decorrente das *justa causas objetivas*, isto é, das necessidades do empreendimento (motivos técnicos, econômicos ou financeiros para redução do quadro de pessoal da empresa ou eliminação de determinado setor ou estabelecimento), hipóteses em que a eleição dos empregados a serem desligados deve obedecer critérios objetivos, impessoais e razoáveis (como a menor antiguidade no emprego, os menores encargos familiares e a idade), ou das *justas causas subjetivas*, ou seja, de problemas insuperáveis nos planos da disciplina (justa causa), do relacionamento interpessoal (dificuldades de adaptação ao ambiente psicossocial do trabalho) ou da qualidade técnica (baixa produtividade, dificuldade de progressão na aprendizagem dos métodos de trabalho necessários para a atividade labo-

ral ou deficiência incontornável de conhecimento de aspectos relevantes da função exercida) do trabalhador.⁽³⁰⁾

Em suma, soa bem evidente estar em curso vigorosa empreitada constitucional na concretização – necessária e urgente – do direito constitucional ao trabalho a metamorfosear profundamente o regime jurídico-trabalhista em matéria de cessação dos contratos de trabalho.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOCORNY, Leonardo Raupp. *A valorização do trabalho humano no Estado democrático de direito*. Porto Alegre: SAFe, 2003.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*. Coimbra: Almedina, 1985.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 14ª ed. São Paulo: LTr, 2015.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia científica*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1991.

³⁰ Defendendo a mesma premissa essencial de eficácia plena da norma permanente de proteção constitucional implementada no art. 7º, I, da CF, embora por um caminho metodologicamente diverso, mas com rica argumentação, e conferindo às locuções constitucionais *dispensa arbitrária* e *dispensa sem justa causa* conteúdo semântico invertido ao indicado neste artigo: MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho*, II. São Paulo: LTr, 2008, p. 435-471.

- MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho*, II. São Paulo: LTr, 2008.
- MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2002.
- MAZA, Miguel Angel. *Ley de Contrato de Trabajo 20.744 comentada*, 3ª ed. Buenos Aires: La Ley, 2009.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira *et alli*. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, II, 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1996.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- PAES, Arnaldo Boson. *Função social do contrato nas relações de trabalho*. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2934, 14 jul. 2011. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/19545>. Acesso em 28 set. 2015.
- RODRIGUES, Natália Queiroz Cabral. *Relação de trabalho sadia: função social da propriedade versus livre-iniciativa*. São Paulo: LTr, 2015.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*, 3ª ed. Trad. Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 2000.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *A função social do contrato, a solidariedade e o pilar da modernidade nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.
- SUÁREZ, Carina V. *Ley de Contrato de Trabajo: Ley 20.744 y modificatorias comentada, concordada y anotada*. Buenos Aires: Garcia Alonso, 2014.
- SÜSSEKIND, Arnaldo *et alli*. *Instituições de Direito do Trabalho*, I, 21ª ed. São Paulo: LTr, 2003.