

RENATA CAVALIERI VARANDAS

**PROTEÇÃO CONTRA DISPENSA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA
CAUSA NOS CONTRATOS DE TRABALHO POR PRAZO
INDETERMINADO**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Nelton José A. Ferreira

**BARBACENA
2011**



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA - FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RENATA CAVALIERI VARANDAS

**PROTEÇÃO CONTRA DISPENSA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA
CAUSA NOS CONTRATOS DE TRABALHO POR PRAZO
INDETERMINADO**

BARBACENA
2011

Renata Cavalieri Varandas

**PROTEÇÃO CONTRA DISPENSA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA NOS
CONTRATOS DE TRABALHO POR PRAZO INDETERMINADO**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade
Presidente Antônio Carlos- UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título
de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof.Esp Nelton José de Araújo Ferreira.
Universidade Presidente Antônio Carlos - Unipac

Prof^a.Me. Juliana de Castro Mangualde Borgo.
Universidade Presidente Antônio Carlos – Unipac

Prof. Esp. Fernando Antônio Mont'alvão do Prado.
Universidade Presidente Antônio Carlos - Unipac

Aprovada em ____/____/____

Este nobre trabalho dedico a quatro grandes mestres, aos meus pais Renato e Marta, que carregam o símbolo do caráter, ao meu irmão Pedro, que traz a coragem e ao meu namorado Leonardo, que carrega o símbolo da perseverança, pessoas que me incentivam a lutar por aquilo que realmente acredito, que sabem do meu potencial, a eles que valoram o trabalho e carregam sempre a marca da bondade e da sabedoria, espelhos de minha alma e de minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que durante essa longa jornada torceram por mim e me ajudaram de alguma forma, a minha família e meus amigos.

Em especial, aos meus pais, Renato e Marta que durante este trajeto me mostraram quão importante é ter caráter e não desanimar com os percalços da vida, que o caráter é mais importante que qualquer riqueza neste mundo, ao meu irmão Pedro que tomo como exemplo de coragem e garra.

Em especial, ao meu grande Amor Leonardo que comigo sempre esteve, me ajudando em todos os momentos em que precisei e me faz acreditar a cada dia mais que Deus nos reserva um porvir abençoado, que acredita em meu potencial e vibra com meus sucessos a cada dia.

Ao Professor Nelton, meu orientador, que com brilhantismo apoiou a idéia para este trabalho e grandemente me auxiliou.

Aos professores Fernando do Prado e Juliana Borgo, por fazerem parte da banca examinadora, pelas importantes observações apresentadas.

*O seu hoje representa as ações antes realizadas e o seu
amanhã defluirá das suas atividades hoje desenvolvidas.*

Joanna De Ângelis

RESUMO

A relação de emprego deve sempre ser protegida contra os atos potestativos do empregador, onde este ao deter o capital também deverá deter o respeito ao ser que trabalha e faz desse labor diário seu sustento e de sua família. As classes trabalhadoras detêm uma força para coibir eventuais abusos advindos de seus superiores, essa força que ao longo dos anos vem sendo colocadas nas entrelinhas de nossa legislação, através dos direitos constitucionais, que eleva o trabalho como sendo fundamento da República Federativa do Brasil, veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa, direito este protegido no artigo 7º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988-CRFB/88, e ainda o respeito a dignidade da pessoa humana, direito superior reconhecido para todas as Nações. A flexibilização do mercado de trabalho não pode ser sucedânea para propiciar a alta rotatividade de mão- de- obra nas empresas, o que deve prevalecer é o princípio da continuidade da relação de emprego, tendente a assegurar uma maior estabilidade e segurança ao empregado. O que entende a doutrina é pela permanência desse vínculo empregatício, como aduz a pesquisa feita pelo Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos - DIEESE (2008), que a permanência em um mesmo emprego traz segurança ao trabalho e traz qualidade para a produtividade, devendo as empresas investir mais em seus trabalhadores. Nos dias atuais a despedida arbitrariamente decidida é fonte inesgotável de desemprego. Além do mais traz um desagrado profundo para aquele que faz de seu trabalho sua fonte de renda, de sua família e sua afirmação social.

Palavras-chave: Proteção do trabalhador. Dispensa Arbitrária. Direito Potestativo. Continuidade da relação de emprego.

ABSTRACT

The employment relationship must always be protected against acts potestative the employer, where this stop to capital also must hold the respect to be working that day labor and makes his livelihood and his family. The working classes have a force to curb abuses arising from their superiors, the force that over the years has been placed between the lines of our legislation, through the constitutional rights, bringing the work as the foundation of the Federative Republic of Brazil, seals to arbitrarily or without just cause, a right protected in Article 7 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988-CRFB/88, and still respect the dignity of the human upper right recognized for all Nations. The flexibility of the labor market can not be a substitute for providing the high turnover of manpower in companies, which should prevail over the principle of continuity of the employment relationship, aimed at ensuring greater stability and security to the employee. What is meant by the doctrine of permanent employment, adds to the research done by Department of Statistics and Socioeconomic Studies - DIEESE (2008), that staying in one job brings security to bring quality work and productivity, and companies invest more in their workers. Nowadays the farewell arbitrarily decided is an inexhaustible source of unemployment. In addition brings a deep dislike to him that makes his work his source of income, their family and social affirmation.

Keywords: Protection of the worker. Arbitrary dismissal. Right potestative. Continuity of employment.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

TABELA 1: Movimentação dos trabalhadores, por tipo de desligamento, Brasil – 2007.....	35.
---	-----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIN - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ART. - Artigo

CLT/43 - Consolidação das leis trabalhista

CRFB/88 - Constituição da República Federativa do Brasil

DIAP - Departamento Intersindical de Assistência Parlamentar:

DIEESE - Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos

FGTS - Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

OIT - Organização Internacional do Trabalho

PTB - Partido trabalhista do Brasil

RIT - Repartição Internacional do Trabalho

STF - Supremo Tribunal Federal

TRT - Tribunal Regional do Trabalho

TST - Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	INSTITUTOS PROTETIVOS DO TRABALHADOR.....	14
2.1	Princípios aplicáveis em face do trabalhador.....	15
2.2	Proteções constitucionais.....	18
2.3	Direitos humanos	19
3	ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT	21
3.1	Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho.....	21
3.2	Ratificação e denúncia da Convenção 158 da OIT	24
4	DISPENSA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA NO CONTRATO DE TRABALHO POR PRAZO INDETERMINADO.....	28
4.1	Impactos da dispensa arbitrária ou sem justa causa.....	31
5	PROJETOS DE LEI TENDENTES A EXTINGUIR A DISPENSA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA.....	35
6	CONCLUSÃO	39
	REFERÊNCIAS.....	42

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por finalidade enfatizar a importância da valorização da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, demonstrando que o empregado ao longo dos anos ganhou especial proteção em nosso ordenamento jurídico e que deve ser preservada a fim de afastar qualquer tipo de abuso por parte do empregador.

A Consolidação das Leis do Trabalho - CLT traz em seu artigo 165 o conceito de dispensa arbitrária: “entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro”.

O direito do trabalho surgiu com o capitalismo, no século XVIII, com a Revolução Industrial deflagrada na Inglaterra, fazendo com que surgisse um grande desnível entre a camada dos trabalhadores e seus respectivos empregadores, fez com que àqueles vissem a real necessidade de invocar os direitos inatos do homem e a autonomia da vontade percebendo, assim, que não eram somente mão-de-obra barata, mas acima de tudo, a força de trabalho imprescindível dentro da relação empregatícia capaz de trazer limites de civilidade, com o escopo de eliminar a força da camada privilegiada da indústria.

A vinculação do empregado ao sistema de produção se deu com mais intensidade com a generalização do sistema industrial nos Estados Unidos e na Europa, no decorrer do século XIX, tornando o direito do trabalho um produto cultural deste século, gerando transformações que colocaram o trabalhador como força motora do processo empregatício.

Surge a força de trabalho livre, mas ainda subordinada aos ditames da nova visão industrial do capitalismo, e com isso a luta pelos direitos através da ação coletiva perante o Estado e a empresa, surgindo a mentalidade social por meio de ações coletivas, onde os trabalhadores puderam demonstrar suas necessidades e interesses perante a pressão dos empregadores.

É no processo da Primeira Guerra Mundial que se dá a formação da Organização Internacional do Trabalho – OIT, criada em 1982 com a preocupação voltada ao trabalhador, baseada em motivos humanitários, políticos e econômicos, bem como as normas de ordem pública, com a finalidade precípua de proteger o

trabalhador contra os abusos cometidos pelos patrões, construindo, assim, direitos justos ao obreiro.

As fases seguintes da Segunda Guerra Mundial, com a constitucionalização do direito do trabalho, trouxeram a hegemonia do chamado “Estado de bem estar social”, incorporando normas jus trabalhistas e diretrizes de valorização do trabalho e do ser que labora e princípios de valorização da área laborativa, como a dignidade da pessoa humana e justiça social.

No Brasil a contar da extinção da escravidão em 1888 é que se pode iniciar a consolidação do direito do Trabalho no país, modificando a relação de subordinação com a Lei Áurea, que embora não trazia em seu texto questões de cunho trabalhista serviu de base para uma nova visão tendente a proteger o trabalhador, incorporando uma prática social na relação de trabalho.

Foi na década de 30 e 40 que se instalou o modelo jus trabalhista no país, onde o trabalhador pode conquistar uma maior proteção contra a extinção do contrato de trabalho de forma unilateral por seu empregador, era garantida uma maior proteção a continuidade do emprego, existindo barreiras de cunho legal e indenizatório, era garantida inclusive uma estabilidade absoluta ao empregador que contasse com mais de 10 anos de relação contratual com a mesma empresa.

A Consolidação das Leis do Trabalho- CLT/43 estabelecia, no seu art. 477, indenização para as hipóteses em que a rescisão do contrato de trabalho em comento fosse efetivada pelo empregador sem justa causa.

Essa proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, já vinha sendo estipulada nos mesmos moldes poucos anos antes (1982) pela Organização Internacional do Trabalho – OIT em seu art.4º e que, diante da interpretação sistemática das normas constitucionais, à luz do Princípio da Unicidade da Constituição, da máxima efetividade dos Direitos Fundamentais e, principalmente da Dignidade da Pessoa Humana, está assegurado, no Brasil, o direito do trabalhador à proteção do emprego contra despedida imotivada, seja esta arbitrária ou sem justa causa.

O artigo 7º da CRFB estatui que a dispensa sem justa causa será regulamentada através de lei complementar, ao que alguns a classificam como norma de eficácia contida, o que não deve prosperar, tendo em vista que a proteção estampada na norma deve ser aplicada de forma imediata, pois que a omissão do legislador ao criar tal lei complementar não pode ser óbice a efetiva aplicação de um

direito fundamental devendo ter eficácia plena e imediata como estatui no artigo 5º em seu parágrafo 1º que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Sendo o trabalho fonte única de riqueza não pode ter um Estado omissivo como mero expectador, deve-se buscar a justiça para o trabalhador como pessoa que tem necessidades vitais a serem colocada acima dos imperativos econômicos, a proteção deve ser galgada em seu mais elevado nível de princípio compensando essa dependência econômica em que se vê o cidadão perante seu empregador.

2 INSTITUTOS PROTETIVOS DO TRABALHADOR

O art. 7º da CRFB/88 estatui que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem melhores condições sociais : “I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.”

Ocorre que a regulamentação auferida no citado artigo ao longo dos mais de 20 anos de promulgação da Carta Magna tornou-se uma promessa tendo em vista a omissão do Poder Judiciário e do Legislativo. (GASPAR, 2011.).

Diante dessa omissão do legislador é preciso conceber que a dispensa do empregado não pode continuar encarada como um direito potestativo unilateral, vez que conflita com o texto constitucional que veda tal arbítrio.

Os institutos que regem o Direito do trabalho vêm para amparar àquele que se encontra em situação desigual perante os ditames da camada mais forte, qual seja a dos empregadores, nos ensina Cassar (2009, p.143.) que “o princípio da proteção ao trabalhador tem fundamento na desigualdade [...], no direito do trabalho há uma desigualdade natural, pois o capital possui toda força do poder econômico.” , surgem os princípios servindo de base para interpretações mais favoráveis ao obreiro, proporcionando uma lógica fundamental onde se deve apoiar o raciocínio.

Aduz o art. 8º da CLT/43:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse da classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Os princípios favorecem o entendimento e evoluem de acordo com as necessidades da sociedade que devem ser preservados e aplicados em respeito a dignidade do cidadão.

Assim, princípio, traduz de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir dessa realidade, e que, após formadas, direcionam-se a compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade.(GODINHO, 2011, p.180).

Na ausência de lei complementar tendente a regulamentar a dispensa arbitrária ou sem justa causa, conforme estipulação do artigo 7º da CRFB/88, o trabalhador não deve ser jogado a sorte de seu empregador, sendo que os princípios relativos a proteção do emprego tendem a ser invocados sempre que aquele se encontrar em situações de dispensa imotivada, devendo ser preservada sua relação empregatícia.

O Direito do trabalho tem seus princípios fundados na tutela do trabalhador, protegendo garantias mínimas ao subordinado, normas que irão contrabalancear a posição superior do empregador, situando-se acima dos direitos positivados de forma corretiva e prioritária, retificadora dos desvios das normas positivas, têm-se seu desenvolvimento no âmbito da valoração ético política, sendo o direito do trabalho mais normativo e menos obrigacional.

2.1 Princípios aplicáveis em face do trabalhador

(a) Princípio da proteção a relação empregatícia: está consubstanciado na condição e na norma mais favorável, onde está a essência do direito do trabalho corrigindo as desigualdades em favor do empregado por ser hipossuficiente, devem as novas leis serem mais protetivas no sentido de aperfeiçoar e favorecer o trabalhador.

Barros, (2009, p.183) destaca que: “este princípio vem sofrendo recortes da própria lei, com vistas a não onerar o empregador e impedir o progresso no campo das conquistas sociais consequência da flexibilização normativa”. Sem a idéia protetiva o direito do trabalho não se justificaria histórica e cientificamente.

(b) Princípio da autonomia da vontade: encontra-se este no ordenamento civil onde cabe aos indivíduos suscitar em mediante declaração de vontade seus

direitos e obrigações, sendo livre a estipulação de condições de trabalho, desde que não contrariem a ordem pública, as decisões judiciais e as convenções estabelecidas entre as partes, o interesse deve ser preservado dentro de um limite legal entre empregado e patrão e desde o início da relação contratual, mister que os dois sujeitos da relação empregatícia possam estabelecer de comum acordo as cláusulas que irão vigor entre os mesmos, a fim de afastar eventuais abusos por parte do empregador.

(c) Princípio da força obrigatória dos contratos: ***Pacta sunt servanda*** vem a ser a pedra angular e segurança dos negócios jurídicos trabalhistas, como condição de estabilidade e de paz entre os sujeitos pactuantes, uma vez estabelecido o contrato de emprego deve-se zelar por seu cumprimento.

(d) Princípio da boa-fé: há uma regra de conduta segundo a qual as partes devem comportar com lealdade nas relações contratuais e devem agir de forma que não lesem o interesse alheio juridicamente protegido, conforme valores éticos e sociais os direitos do empregado bem como sua moral devem estar acima de qualquer valor patrimonial existente.

(e) Princípio da razoabilidade: segundo o qual a ordem jurídica se constrói sobre o alicerce da razão e da justiça onde o homem deve primar pelo bom senso e não de forma arbitrária, de acordo com critérios de sensatez e ponderação.

(f) Princípio da continuidade da relação de emprego: O contrato por tempo indeterminado é a regra geral em todos os sistemas jurídicos, sendo a forma normal de contratação, sendo mais freqüente, pela característica da relação de emprego, onde sua execução é distribuída no tempo.

Afirma-nos Godinho (2011, p.202.): “é de interesse do direito do trabalho a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais”, e a partir dessa permanência é que o direito do trabalho pode cumprir o seu caráter teleológico, assegurando melhores condições para o obreiro em sua força de trabalho, protegendo suas vantagens recebidas ao longo do contrato empregatício, pois aquele que vive deste o utiliza como forte instrumento de

sua afirmação na sociedade, vem preservar o emprego e dar a segurança econômica ao trabalhador e incorporá-lo ao organismo empresarial.

O contrato de emprego é uma vinculação que se prolonga no tempo, tendente a resistir a dispensa arbitrária, ainda não regulamentada, ainda favorece o empregado na distribuição do ônus da prova, pois evidenciada a relação de emprego, compete ao empregador provar as razões ensejadoras do término do contrato de trabalho, já que constitui presunção favorável ao trabalhador conforme Súmula 212 do Tribunal Superior do Trabalho - TST.

Esse princípio teve larga aplicabilidade nas décadas de 1930 e 1940 onde o sistema celetista tradicional era um verdadeiro precursor do princípio, previa um contingenciamento econômico e financeiro às dispensas sem justa causa em contratos superiores a um ano, por meio de uma indenização rescisória, que se calculava segundo um período contratual do empregado (caput dos arts. 477 e 478, CLT/43 hoje revogados tacitamente); de outro lado a partir do décimo ano de contrato, a dispensa injusta era inviável juridicamente em face da estabilidade arts. 498/500 CLT/43.

Apenas mediante tal permanência e integração é que a ordem jus trabalhista poderia cumprir satisfatoriamente o objetivo teleológico do Direito do Trabalho, de assegurar melhores condições, sob a ótica obreira. (GODINHO, 2011, p. 202.).

(g) Princípio da norma mais favorável: O operador do direito deve sempre optar pela regra mais favorável ao obreiro, tanto no instante de elaboração da norma (ação legislativa) ou no contexto de confronto entre as regras e também no contexto de interpretação da norma.

Dentro de um critério de hierarquia, permite eleger como regra prevalecente, aquela que for mais favorável ao trabalhador, como acentua Cassar (2009, p.148.): "[...] deve-se optar pela norma que for mais favorável ao obreiro, pouco importando sua hierarquia formal", de forma que realize o melhor respeito ao mesmo, sendo este não apenas visto como um ser específico, mas um ser componente de um universo mais amplo, qual seja, a sociedade.

Assegura presunções favoráveis ao obreiro no tocante a continuidade da relação empregatícia realizando os fins do direito do trabalho, como inexistente regulamentação específica para a dispensa sem justa causa deverá o operador do

Direito observar os princípios e demais normas que favoreçam o trabalhador, preservando a máxima constitucional - da dignidade da pessoa humana.

2.2 Proteções constitucionais

Como princípio do nosso Estado democrático de direito a dignidade da pessoa humana norteia o nosso ordenamento como um todo, sendo um valor universal e social, onde o primeiro fundamento do trabalho é o próprio homem devendo a dignidade humana ocupar posição de destaque no exercício dos direitos e deveres presentes nas relações de trabalho, a fim de evitar tratamento degradante do trabalhador.

A Constituição Federal - CRFB de 1934 foi a primeira a tratar da ordem econômica e social, a de 1937 em seu artigo 136 colocou o trabalho como dever social, assegurando a todos o direito de subsistir através do trabalho honesto onde o Estado deve proteger; na CRFB de 1946 em seu art. 145 previa que a ordem econômica deveria ser organizada de acordo com os princípios de justiça, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano, constituindo uma obrigação social.

A aclamada Carta Magna de 1988 foi intensiva ao tratar da proteção as relações empregatícias, pois ainda em seu artigo 1º traz como sendo princípio fundamental da República, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho; no seu artigo 4º, II, que nas relações internacionais, a República Federativa do Brasil rege-se, dentre outros princípios, pela noção de prevalência dos direitos humanos e em seu art.170, sobre os princípios gerais da ordem econômica, que estabelece a valorização do trabalho humano conforme os ditames da justiça social.

Estatui o art. 5º da CRFB/88 que: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 inúmeras normas de natureza trabalhistas foram inseridas no Título pertinente aos Direitos e Garantias

Fundamentais, especificamente no Capítulo II, que trata dos Direitos Sociais, estabelecendo como direito do empregado em seu artigo 7º:

I: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais [...]: I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos [...]”.

Exalta-se com a criação da CRFB/88 a dignidade do trabalho, o direito ao emprego, direitos na esfera das relações trabalhistas que têm como fundamento uma garantia mínima de ética que deve ser preservado pelo Estado nas relações empregatícias como forma de organização jurídico moral na sociedade, promovendo o bem estar quanto à integridade, á vida e tantos outros bens valiosos e necessários para a defesa da liberdade e integração do trabalhador que tem o direito-dever ao trabalho.

Na CRFB/88 os princípios gerais do direito que são diretamente aplicáveis ao direito do trabalho são muitos, mas os mais vinculados aos conflitos trabalhistas são, por exemplo, o que diz respeito a dignidade da pessoa humana como acima exposto, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa ,a inviolabilidade do direito a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade art. 1º,III e IV ; o art. 5º,II ainda declara que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo ,além de indenização por dano material, moral e á imagem (inc. V): e são invioláveis a intimidade , a vida privada , a honra e a imagem das pessoas (inc.X) .

A teoria constitucional moderna tende a apreender certa eficácia as normas constitucionais, e o preceito contido no art. 7º, I, CRFB/88. que veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa pode ser tido como de eficácia contida, mas produzindo certo efeito jurídico básico, qual seria o de invalidar o exercício potestativo da vontade empresarial , quando ausente um dos requisitos mínimos de justificativa social, econômica, pessoal ou mesmo técnica em face do titular do emprego.

2.3 Direitos humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas de 1948 afirma em seu art. 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”

Os direitos humanos podem ser definidos como aqueles que constituem uma defesa contra o poder arbitrário do Estado, sendo uma proteção dos direitos e liberdades básicos de todos os seres humanos, e mais ainda, resguarda também direitos ao trabalhador como a garantia de seu emprego, necessário à manutenção de sua segurança econômica e moral perante a sociedade e sua família, como bem acentua o art.23: “Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

Respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana é um outro caminho apontado para dar eficácia imediata ao aludido art.7º da CRFB, vez que como já bem citado o próprio texto constitucional eleva como sendo seu fundamento a dignidade da pessoa humana, art. 1º da CRFB/88:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:
III- a dignidade da pessoa humana
IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Ainda pode-se citar o art.4º CRFB/88 que estatui:

A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
[...]
II- prevalência dos direitos humanos;

3 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT

Muitas proteções foram retiradas do empregado, principalmente em face de sua condição mais vulnerável e por não obter meio mais eficaz capaz de afastar os ditames do Estado e da camada empresarial, onde muitos estão sendo convencidos de que as mudanças que vem ocorrendo com a globalização e a economia são suficientes e necessárias para abrir mão dos anseios pessoais em face do sistema neoliberal implantado, pela pressão exercida pelo sistema capitalista, em que os empresários de uma forma individualista tomam suas decisões em face do mercado.

A OIT de 1982 foi fundada com o propósito de contribuir para a maior justiça social, de acordo com o tratado de Versalhes e com a sua própria Constituição, teve uma motivação humanitária, com vistas a melhorar as penosas condições de trabalho em face da dinâmica produtiva da Revolução Industrial, promovendo uma elaboração de um “estandar jurídico universal mínimo aplicável nas relações de trabalho” Barros (2009, p.621).

A OIT possui uma dimensão também política, como se pode inferir de seu preâmbulo, quando afirma que: “a paz universal e permanente só pode se basear na justiça social” e ainda assevera que: “se qualquer Estado não adotar um regime de trabalho realmente humano, esta omissão constituiria um obstáculo aos esforços de outras nações, que desejam melhorar a sorte dos trabalhadores de seus próprios países”.

3.1 Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho

A Convenção 158 da OIT foi o resultado de uma preocupação internacional com relação à preservação da relação de emprego. Os avanços tecnológicos, as novas formas de relação de emprego e o crescimento do índice de desemprego foram fatores que fizeram que a Conferência Internacional do Trabalho se reunisse e aprovasse a referida Convenção. (Gaspar, 2011, p.114).

Podem-se enumerar os principais itens da convenção ¹ :

¹ <http://www.institutoamp.com.br/oit158.htm>

Parte II

Normas de Aplicação Geral

SEÇÃO A

Justificação do Término

Artigo 4

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

Artigo 5

Entre os motivos que não constituirão causa justificada para o término da relação de trabalho constam os seguintes:

- a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento de empregador, durante as horas de trabalho;*
- b) ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar ou ter atuado nessa qualidade;*
- c) apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer perante as autoridades administrativas competentes;*
- d) a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, a ascendência nacional ou a origem social;*
- e) a ausência do trabalho durante a licença-maternidade.*

Artigo 6

A ausência temporal do trabalho por motivo de doença ou lesão não deverá constituir causa justificada de término da relação de trabalho.

A definição do que constitui uma ausência temporal do trabalho, a medida na qual será exigido um certificado médico e as possíveis limitações à aplicação do parágrafo 1 do presente artigo serão determinadas em conformidade com os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção.

SEÇÃO B

Procedimentos Prévios ao Término por Ocasão do Mesmo

Artigo 7

Não deverá ser terminada a relação de trabalho de um trabalhador por motivos relacionados com seu comportamento ou seu desempenho antes de se dar ao mesmo a possibilidade de se defender das acusações feitas contra ele, a menos que não seja possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda essa possibilidade.

Artigo 8 - Recurso Contra o Término

1. O trabalhador que considerar injustificado o término de sua relação de trabalho terá o direito de recorrer contra o mesmo perante um organismo

neutro, como, por exemplo, um tribunal, um tribunal do trabalho, uma junta de arbitragem ou um árbitro.

2. Se uma autoridade competente tiver autorizado o término, a aplicação do parágrafo 1 do presente artigo poderá variar em conformidade com a legislação e a práticas nacionais.

3. Poder-se-á considerar que o trabalhador renunciou a seu direito de recorrer contra o término de sua relação de trabalho se não tiver exercido tal direito dentro de um prazo razoável após o término.

Artigo 9

1. Os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção estarão habilitados para examinar as causas alegadas para justificar o término da relação de trabalho e todas as demais circunstâncias relacionadas com o caso, e para se pronunciar sobre o término ser ou não justificado.

2. A fim do trabalhador não estar obrigado a assumir por si só o peso da prova de que seu término foi injustificado, os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção deverão prever uma ou outra das seguintes possibilidades, ou ambas:

a) caberá ao empregador o peso da prova da existência de uma causa justificada para o término, tal como foi definido no artigo 4 da presente Convenção;

b) os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção estarão habilitados para decidir acerca das causas alegadas para justificar o término, levando em conta as provas apresentadas pelas partes e em conformidade com os procedimentos estabelecidos pela legislação e a prática nacionais.

3. Nos casos em que forem alegadas, para o término da relação de trabalho, razões baseadas em necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção estarão habilitados para verificar se o término foi devido realmente a essas razões, mas a medida em que esses organismos estarão habilitados também para decidirem se tais razões seriam suficientes para justificar o término deverá ser determinada pelos métodos de aplicação mencionados no artigo 1 desta Convenção.

Artigo 10

Se os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção chegarem à conclusão de que o término da relação de trabalho é justificado e se, em virtude da legislação e prática nacionais, esses organismos não estiverem habilitados ou não considerarem possível, devido às circunstâncias, anular o término e, eventualmente, ordenar ou propor a readmissão do trabalhador, terão a faculdade de ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada.

3.2 Ratificação e denúncia da Convenção 158 da OIT

Durante décadas, a maior parcela da sociedade brasileira não se apropriou do crescimento econômico do país, gerando uma economia com enorme concentração de renda. Na década de 1990, esse quadro se agravou com sucessivas crises econômicas e redução do nível de emprego. Mais uma vez, os trabalhadores pagaram a conta, com a elevação do desemprego e redução do rendimento do trabalho. (Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos- DIEESE- nº 61, março de 2008).²

As normatizações emanadas da OIT se faz por meio de recomendações ou convenções, as primeiras são aquelas em que orientam os Estados que a aderirem a cumprirem suas metas no âmbito social, já as convenções criam normas obrigatórias para esses Estados que virem a confirmá-las pela ratificação.

Em razão de uma política internacional os Estados membros que a ratificarem são forçados a participarem da OIT, e são devidamente representados pelos interessados na formação dos instrumentos de normas trabalhistas

No Brasil tal ratificação se dá por ato do chefe do Poder Executivo, sendo a competência do Presidente da República subordinada a referendo do Congresso Nacional, em que este detém competência exclusiva para resolver sobre tratados, como aduz o art. 49, I, CRFB/88 “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”

Segundo *Süssekind* (2003) o Brasil adota a teoria monista, onde o Poder Executivo só pode aceitar um diploma internacional, como o caso da OIT, se este for aprovado por Decreto Legislativo, através do Congresso Nacional.

As convenções da OIT, após sua ratificação pelo Estado-membro precisam ser depositadas na Repartição Internacional do Trabalho - RIT, e doze meses após tal fato a Convenção entra em vigor.

Tal Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n.68, de 16 de setembro de 1992 e o depósito na RIT se deu em 5 de janeiro de 1995, e foi publicada em 11 de abril de 1996, e doze meses após entrou em vigência a partir de 6 de janeiro de 1996, sendo que todos os trâmites formais

² <http://www.dieese.org.br/notatecnica/notatec61RatificacaoConvencao158rev.pdf>

para sua aplicabilidade foram devidamente observados, reconhecido este feito inclusive pelo Supremo Tribunal Federal-STF. Gaspar (2011, p.116.).

Após esses trâmites só poderia sair do ordenamento se denunciada no prazo do depósito e da entrada em vigor da mesma, caso contrário somente após dez anos do início de sua vigência.

No entanto o Poder Executivo, através do Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996, publicado em 23 de dezembro de 1996 denunciou a Convenção, o que só poderia ter sido feito até 22 de novembro de 1996, além do mais o Chefe do Executivo extrapolou sua competência, pois como acima mencionado é o Congresso Nacional que detém o poder de aprovar ou não os tratados, não podendo aquele o fazer de forma isolada.

Sendo tal denúncia feita de forma irregular não se pode vislumbrar a retirada da mesma do ordenamento jurídico, pois que a Convenção traz expressamente a vedação da dispensa arbitrária trazida na CRFB/88, onde os termos da OIT 158 são inegavelmente constitucionais, tendo em vista que em várias passagens o texto constitucional retoma a idéia de valorização ao trabalho humano, situação expressa nos arts. 7º e 170.

È bem verdade que a CRFB/88 exige a lei complementar para regular as hipóteses de dispensa, pois que possui quorum qualificado, mas demonstrado a compatibilidade entre os dois sistemas, a ausência de tal lei não obsta a proteção a relação de emprego, mesmo porque sendo a Convenção de caráter internacional exige mais formalismos, fruto de um amadurecimento social.

Há, portanto, por parte da própria Constituição Federal de 1988, o reconhecimento de que a Convenção 158 integrou o ordenamento jurídico interno com força normativa constitucional e, outrossim, por força do art. 5º, em seu parágrafo 1º, com aplicação imediata, o que faz com que seja desmistificada a tese de que a referida Convenção não seria autoaplicável pelo simples fato do art. 7º, I, exigir Lei Complementar. (Gaspar, 2011, p.121/122).

As diretrizes fixadas pela convenção representam os princípios que o direito do trabalho moderno vem defendendo e com isso fez com que diversos Tribunais Trabalhistas reconhecessem sua auto-aplicabilidade, como se pode extrair da ementa do acórdão que julgou o processo 02854/96 do TRT-17.^a Reg., que teve

como relator o Juiz Danilo Augusto Abreu de Carvalho onde se pode citar com argumento principal o que se segue:

[...] instrumento de aprimoramento da Cidadania, e assim um passaporte para o Direito do Trabalho do terceiro milênio. Somente com garantia no emprego haverá verdadeira negociação coletiva. A Convenção 158 é constitucional, auto-executável e impede dispensas que não sejam socialmente justificáveis [...]. (Recurso Ordinário provido pelo então juiz, reintegrando o empregado que fora dispensado de forma injustificada com base na Convenção).

A Convenção traz expressamente em seu texto a possibilidade de uma dispensa socialmente justificável, como se pode observar no art.4º exposto no item 3.1 acima, e buscando dar uma eficácia a esse instituto traz também em seu art. 7º, que a dispensa somente poderá ser efetivada se der ao empregado a possibilidade de se defender de seu empregador, prevendo inclusive sanções se a dispensa for de forma injustificada, ao mero arbítrio do mesmo.

A CRFB/88 prevê em seu artigo 4º, II, que o Brasil irá reger-se de acordo com a prevalência dos direitos humanos, que podem ser consagrados, inclusive por Convenções, onde possuem força normativa constitucional.

Através de uma análise crítica pode-se verificar que tal denúncia efetuada pelo Governo foi feita de forma irregular tendo em vista o próprio art.17 da Convenção 158 da OIT que diz:

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

O que se observa é que a Convenção entrou em vigor no Brasil em 06.01.1996 e sua denúncia se deu antes do lapso temporal de 10 anos, além do mais tal denúncia não foi precedida de nenhum tipo de análise pelo Congresso Nacional, que possui competência exclusiva para decidir sobre tratados, acordos ou atos internacionais, não se admitindo um ato unilateral do Chefe do Executivo, por essa razão o ato do Presidente está sendo alvo de uma Adin - Ação Direta de

Inconstitucionalidade 1625 que está sendo julgada pelo STF, e pelo que parece tem forte chance de ser julgada procedente, retirando a validade da denúncia.

De acordo com uma pesquisa levantada pela Comissão de Peritos da OIT, uma outra recomendação, 119 de 1963 da OIT, já previa a dispensa socialmente justificada, relacionada à capacidade ou conduta do empregado ou baseada em necessidade de funcionamento da própria empresa, essa recomendação representou um importante passo, onde 45 países a adotaram expressamente em suas legislações e outros 12 países tomaram iniciativa de adotar limites contra a dispensa abusiva.

Na Europa já existe uma forte tendência política voltada a reforçar a proteção dos trabalhadores, com vistas a um desenvolvimento equilibrado da Comunidade.

O país perdeu grande oportunidade de assegurar uma tutela efetiva ao emprego, quando o Brasil a ratificou e posteriormente no mesmo ano o Governo a denunciou alegando incompatibilidade com o art. 7º, I, que exige lei complementar, inválido, pois, esse posicionamento uma vez que como já explanado acima o art. 1º do citado instrumento Internacional, diz que seus dispositivos podem ser aplicados por meio de lei nacional, salvo quando aplicado por meio de convenção. (Barros, 2009, p.979).

Os termos da Convenção são, inegavelmente, constitucionais, pois a Constituição brasileira, no artigo 7º, I, veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa, e o que faz a Convenção 158 é exatamente isto. O parágrafo 2º, do art. 5º, da CRFB/88, estabelece que os tratados internacionais – gênero do qual constituem espécies as Convenções da OIT – são regras complementares às garantias individuais e coletivas estabelecidas na Constituição.

Um instrumento internacional, ratificado pelo Brasil, que traz questão pertinente ao direito do trabalho, há de ser aplicado como norma constitucional, ou até mesmo, supranacional.

Assim, a Convenção 158, estando de acordo com o preceito constitucional estatuído no artigo 7º, inciso I, complementa-o. Além disso, a Constituição Federal de 1988 previu, em seu artigo 4º, que nas relações internacionais, a República Federativa do Brasil rege-se, dentre outros princípios, pela prevalência dos direitos humanos (inciso II) e não se pode negar ao direito do trabalho o status de regulação jurídica pertencente aos direitos humanos.

4 DISPENSA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA NO CONTRATO DE TRABALHO POR PRAZO INDETERMINADO

Os contratos de trabalho por prazo indeterminado são aqueles cuja duração contratual é indefinida ao longo do tempo, como regra geral nos pactos empregatícios, conferindo maior potencialidade à aquisição de direitos trabalhistas pelo empregado ao longo do tempo, o empregador tende a investir mais no empregado, e este a alcançar maior número de direitos no transcorrer dos anos, sendo deferido pela ordem jurídica com status privilegiado, valorizando o princípio justtrabalhista da continuidade da relação de emprego.

Despedimento ônus da prova

O ônus de provar o término do contrato de trabalho quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado. (SÚMULA 212 TST)

Um dos exemplos dessa proteção vigorava dentro de nosso modelo jurídico trabalhista previsto na década de 1930 e 1940, via-se que nesta época era privilegiada a proteção da relação de emprego, o que permitia o sustento, progresso e desenvolvimento do trabalhador e de toda sua família onde essa continuidade era preservada através de uma garantia ao trabalhador a partir de seu décimo ano de contrato com a mesma empresa, sendo vedada a dispensa imotivada, não se vislumbrava nenhuma espécie de modelo tendente a compensar a extinção do contrato de trabalho, mas sim preservar a continuidade do mesmo.

Infelizmente com o passar das décadas e a crescente globalização, com adaptação do modelo tecnológico substitutivo da mão de obra obreira, se fez forçoso implantar um novo sistema, capaz de flexibilizar o mercado de trabalho e permitir a ruptura contratual.

Uma vez implantada a política econômica liberal pelo governo autoritário de 1964 conduziu-se a retirada daquele modelo favorável ao empregado para um modelo mais flexível, o Fundo de Garantia por tempo de Serviço o FGTS - lei 5.107 de 1966 - assegurando o pagamento de uma indenização adicional no valor de uma remuneração mensal, liberando o mercado de trabalho no país, bastando a simples

vontade do empregador para ocorrer a dispensa e adotando uma política compensatória pelos danos sofridos pelo empregado, onde este recebe uma indenização adicionada a seus direitos peculiares.

Denominado Fundo de Garantia Por Tempo de Serviço é um depósito efetuado pelo empregador em conta bancária do empregado no valor mensal de 8% de sua remuneração, onde a administração cabe ao Conselho Curador, órgão máximo que estabelece normas gerais para seu planejamento, sob a operação da Caixa Econômica Federal, que o atualiza com juros e correção monetária, visando eliminar a indenização e a estabilidade decenal.

O modelo do FGTS acabou por liberar o mercado de trabalho, pois que bastava a simples vontade do empregador para que seu subordinado sofresse as conseqüências do término do contrato de trabalho e percebesse ao final sua indenização, equivalente a 40% daqueles depósitos efetuados pelo empregador ao longo do contrato de emprego.

Essa indenização prevista pelo FGTS vem a ser um risco social, que por ora ainda não supre as contingências pelas quais podem passar o trabalhador, vem a ser uma desvantagem em vista de gerar novos encargos sociais ao empregador, impelindo a descarregar sobre a sociedade o novo gravame no custo de produção, o novo regime eliminou a antiga garantia de suma importância para o empregado, a estabilidade decenária como acima exposto.

Por oportuno se faz destacar que esse novo sistema acabou por mitigar a preocupação da proteção da relação de emprego, substituindo a mesma por essa indenização devida ao empregado quando do término de seu contrato laboral.

Foi em 15 de outubro de 1988 que a CRFB/88 passou a impor o referido sistema, como sendo obrigatório.

A expressão dispensa sem justa causa vem a ser a falta de um motivo legalmente tipificado, ou seja, a ausência de um fato relevante para rescisão do contrato, é a ruptura do contrato de emprego de forma unilateral pelo empregador, àquela que não se funda em motivos justos, técnicos, econômicos ou financeiros como previsto na Convenção 158 da OIT:

- 1) o término por motivo relacionado ao comportamento do empregado.
- 2) o término por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, a serem previstos na regulamentação da Convenção; o motivo técnico diz respeito à organização da atividade da empresa, como o fechamento de uma filial ou de uma

seção, com a despedida dos empregados; e por motivo econômico ou financeiro entende-se aquele que é relativo à insolvência da empresa, por questões concernentes a receitas e despesas.

3) o término injustificado, que não atende aos quesitos anteriores e que, portanto, deveria levar à readmissão do empregado ou ao pagamento de indenização adequada ou outra reparação que se considerar apropriada.

A dispensa, ruptura de contrato de trabalho por ato unilateral e imediato do empregador, independentemente da vontade do empregado, é um dos temas que maior merece atenção em nosso direito do trabalho, pois a perda do emprego tem uma dimensão que transcende a esfera jurídica, atingindo a subsistência de uma pessoa, de sua família e de seus dependentes econômicos.

Não pode ser visto como um princípio de plena liberdade de uma das partes, o empreendedor, pois o uso indiscriminado do poder de despedir pode assumir proporções capazes de afetar o senso de Justiça Social, visto como valor fundamental que deve presidir as relações coletivas e individuais de trabalho.

Os que consideram a dispensa um poder potestativo, a ruptura contratual restringe a uma indenização, feita através do FGTS, devida pelo empregador, nem sempre suficiente para a reparação do dano advindo do desemprego, em vista disso pode-se negar uma eficácia as despedidas arbitrárias, visto que viola a consciência moral e cívica do empregado.

O poder diretivo emana do contrato, mas deve ser exercidos com restrições em vista de ter o objetivo maior de função social da propriedade, e o poder do empregador deve ser exercido com moderação em um limite interno com boa-fé e de forma regular, possuindo limites impostos pela Constituição, outras leis, normas de trato coletivo, fazendo prevalecer a soberania dentro do meio social, não deve proteger o mercado capitalista e desrespeitar por ora a outra figura tão importante nesse vínculo contratual, qual seja, o empregado.

Em uma democracia devem ser resguardados os direitos e obrigações, e a todos deve ser assegurada a dignidade da pessoa humana, guardando garantias de proteção a continuidade da relação empregatícia, assegurando ao obreiro expectativas de futuro pessoal e profissional.

O que se busca sustentar é que a relação entre empregado e empregador deve ter como regra a maior duração possível, outorgando ao trabalhador o direito

de permanência e de poder prover-se para o futuro garantindo para seu presente a concretização de sua segurança.

Hoje o processo de produção necessita da disponibilidade de um pessoal permanente para o qual precisa contar para a consecução de seus fins, inclusive um pessoal que já esteja habituado à prática diária de seus serviços. O contrato de trabalho deve conter medidas que se destinem a impedir sua extinção, em face da conveniência social e econômica do seu prosseguimento em condições razoáveis.

É medida tão segura a conservação do contrato que até mesmo na “sucessão da empresa” ou alteração em sua estrutura jurídica, o tempo de serviço é respeitado e os direitos do trabalhador são mantidos, em nada alterando com a alienação da empresa ou alteração de seus sócios.

Não se pode visualizar com bons olhos a relação de emprego com prazo certo de seu término como forma de absorção de empregados no mercado, uma vez que como já explanado o sujeito vê tolhido seus projetos de vida futuro.

4.1 Impactos da dispensa arbitrária ou sem justa causa

A despedida imotivada deve ser rigorosamente fiscalizada uma vez que pode encobrir verdadeira represália patronal, ocasionando uma força de angústia econômica para aquele que sofre o ato.

Sob o pretexto de dirigir a empresa e poder impor sanções ao trabalhador, não pode o patrão desconhecer os direitos básicos daquele, previstos nas legislações trabalhistas, nas normas coletivas, no regulamento interno da empresa, no contrato individual e acima de tudo em nossa Carta Magna, onde se encontram os direitos fundamentais, cuja existência esta calcada na dignidade da pessoa humana, um valor superior que deve presidir qualquer relação, seja ela pessoal ou mesmo social.

Com nos afirma Lisboa (1909) o despedimento de forma abrupta é mais do que somente a perda do emprego, mas a miséria de toda uma família, pois na atualidade difícil é encontrar emprego, dado a pletora de braços existentes.

Devido a este fato propugnou-se a adoção do aviso-prévio, onde o patrão através de uma comunicação ao seu empregado, chamada de denúncia, notifica o

mesmo sobre o término do contrato de trabalho com antecedência mínima de 30 dias, a fim de impedir que as partes sejam pegas de surpresa, e o período alusivo propicia ao empregado uma possível procura de emprego para prover sua subsistência, o que nunca é suficiente.

O que se vê é a situação do patrão bem menos conseqüente e desafogada, pois a saída de um sujeito de seu emprego causa menos dano ao patrão do que àquele, se resume em direito potestativo sobre uma pessoa, não sendo medida protetiva, visto a duração curta do aviso-prévio que não supre o objetivo maior de reintegrar o empregado no mercado e proteger sua dignidade.

A rescisão contratual deve oferecer a ambos possibilidades desejáveis, o empregado deve ao menos ter o direito de defender-se. A rescisão do contrato implica sua terminação, sem que a outra parte tenha cometido alguma falta, a qual a jurisprudência atribui a natureza de ato potestativo.

A dispensa imotivada de trabalhadores, em um mundo marcado por altas taxas de desemprego, que favorece, portanto, o império da "lei da oferta e da procura", e que impõe, certamente, a aceitação dos trabalhadores a condições de trabalho subumanas, agride a consciência ética que se deve ter para com a dignidade do trabalhador e, por isso, deve ser, eficazmente, inibida pelo ordenamento jurídico.

Não é possível acomodar-se com uma situação reconhecidamente injusta, argumentando que infelizmente o direito não a reprime, uma sociedade somente pode se constituir com base em uma normatividade jurídica se esta fornecer instrumentos eficazes para que as injustiças não se legitimem. Do contrário, não haveria do que se orgulhar ao dizer que vivemos em um "Estado democrático de direito".

A despedida arbitrariamente decidida pelo empregador, além de ser fonte inesgotável de desemprego, constitui, historicamente, resquício do soberano poder do chefe de empresa, incontrastável e arbitrário. Daí modernamente as legislações exigirem a motivação da despedida a certas formalidades processuais, como, por exemplo, a comunicação escrita ao empregado dos motivos da despedida, por escrito [...]. (GOMES E GOTTSCHALK, 2007, p.359).

Em uma pesquisa feita pelo Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos- DIEESE- nº 61, março de 2008 – mostra que a taxa de

rotatividade de mão de obra no Brasil vem a ser elevada nos últimos 10 anos, demonstrando ainda que a dispensa sem justa causa é o principal motivo das rescisões contratuais como se verifica no gráfico abaixo:

Tabela 1

**Movimentação dos trabalhadores, por tipo de desligamento
Brasil – 2007**

Trabalhadores Desligados	Nº absoluto	Porcentagem	Média Salarial
Desligamento por demissão sem justa causa	7.560.676	59,42%	R\$742,24
Desligamento por demissão com justa causa	148.684	1,17%	R\$ 622,57
Desligamento por término de contrato	1.993.427	15,67%	R\$ 570,92
Desligamento a pedido	2.700.003	21,22%	R\$ 715,72
Desligamento por aposentadoria	21.705	0,17%	R\$ 1.471,23
Desligamento por morte	38.432	0,30%	R\$ 950,46
Término de contrato de trabalho por prazo determinado	260.970	2,05%	R\$ 603,37
Total	12.723.897	100,00%	R\$ 707,39

Fonte: MTE. Caged
Elaboração: DIEESE

Relata a DIEESE que a facilidade para demitir trabalhadores permite que as empresas utilizem de artifícios para reduzir o custo salarial, através da rotatividade desligando trabalhadores que percebem maiores salários e admitindo outros por menores.

Por fim, é importante analisar as questões relacionadas à dispensa imotivada, a partir da ótica da produtividade. De um modo geral, a permanência no mesmo emprego traz qualidade ao trabalho e este fato, combinado com investimentos na qualificação, tende a ser um fator determinante para o aumento da produtividade, uma vez que a mão-de-obra mais qualificada é mais preparada para promover a inovação. Por isso,

empresas que inovam tecnologicamente contratam e investem em trabalhadores qualificados e tendem a ter maiores ganhos de produtividade. (DIEESE, - nº 61, março de 2008)

Na França para que haja a dispensa do empregado, deve existir uma motivação relevante que tenha a ver com a necessidade da empresa, exige-se prévia consulta e negociação com o governo e os sindicatos, e por isso apresenta o maior índice de produtividade da comunidade europeia e ostenta um produto nacional bruto por hora de trabalho bem maior do que países onde vigora a dispensa imotivada, tais como a Inglaterra, Estados Unidos e no Brasil.

Nascimento ainda nos revela que, em Portugal, para que o empregador possa rescindir o contrato de trabalho do obreiro imotivadamente (de forma arbitrária ou sem justa causa), deve, necessariamente, levar à questão ao crivo do judiciário para justificar que a rescisão contratual, pretendida, tem uma causa socialmente justificável e, então, demonstrar e comprovar, em juízo, que a rescisão não é arbitrária ou sem justa causa.

Diz-nos Gomes (2008) que para reforçar o desagrado com que são recebidas as despedidas arbitrárias ou sem justa causa, a doutrina alemã cunhou uma forte expressão, ***empfangbedürftige willenserklärung***, que em tradução livre pode denominar o legado de pobre, o que efetivamente o é, pois que vivendo unicamente de uma fonte de renda, o empregado atirado ao desemprego agrava a indesejável questão social, por isso deve-se buscar uma limitação ao poder arbitral, como em muitos países que vem adotando, seja por meio de comissões disciplinares, convenções coletivas, comitês de empresa, delegação de pessoal ,ou mesmo proibição legal .

5 PROJETOS DE LEI TENDENTES A EXTINGUIR A DISPENSA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA

O projeto de lei n.4 de 1983 foi uma tentativa de regulamentar a dispensa arbitrária, retirado pelo Governo após o fracasso das negociações com o Partido Trabalhista Brasileiro-PTB, trazido pelo líder da maioria, Pimenta da Veiga.

Como afirma Gomes (2008) o projeto em questão introduzia a figura do justo motivo para a despedida, decorrente de ordem técnica, econômica e financeira, criava uma indenização adicional para caso de despedida sem motivo, estabelecia obrigatoriedades da comunicação escrita dando razões para a mesma e firmava regras para as dispensas coletivas, sendo uma nova forma de restringir o poder potestativo, impondo-lhe limites adequados.

Nesse mesmo raciocínio foi elaborado pelo deputado Maurício Rands do Partido Trabalhista-PT de Pernambuco um Projeto de lei Complementar nº 08 de 2003, dispondo sobre a proibição da dispensa arbitrária, onde obteve parecer favorável do deputado Roberto Santiago do Partido Verde-PV de São Paulo, da Comissão de trabalho.

Referido Projeto visava regulamentar o inciso I, do art. 7º da CRFB, que inclui entre o direito dos trabalhadores a proteção da relação de emprego contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa ³:

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

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

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

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

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

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

³ <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/248786/?noticia=COMENTARIOS+AO+PROJETO+DE+LEI+SOBRE+DEMISSAO+IMOTIVADA>.

Segundo o DIAP - Departamento Intersindical de Assistência Parlamentar ⁴ :

A consequência da aprovação do projeto será a substituição da multa de 40% sobre o saldo do FGTS - que fica automaticamente derogado após a transformação do projeto em lei - por uma proteção contra a demissão arbitrária ou imotivada. Em que pese a previsão expressa de que o ônus da prova cabe ao empregador, bem como que a dispensa sem amparo está sujeita à nulidade pela Justiça do Trabalho, inclusive por tutela antecipada, o tema requer um texto que efetivamente proteja o trabalhador contra a dispensa imotivada, sob pena de não se ter nem a indenização nem a garantia efetiva de emprego.

Os projetos em comento não foram inseridos em nosso ordenamento nem tampouco aprovados pelos Governantes, pois há um desinteresse evidente em regulamentar a situação de desemprego no país.

Mas mesmo com a não aplicação dos referidos projetos se tem a adoção em nossa jurisprudência pela proteção a relação de emprego como se verifica:

Despedida por justa causa. Nulidade. Motivação política. Perseguição ideológica. O empregador para exercer o direito de resolver o contrato por falta grave do empregado cinge-se a hipótese elencadas no art. 482 da CLT. Se empresa pública, adicione-se a necessária obediência aos princípios da legalidade e da impessoalidade, dentre outros. por força do art. 37, caput, da CRFB/88. Ao comprovar-se que a despedida do empregado deu-se por perseguição político-partidária - em autêntica restrição ao princípio de liberdade de expressão, garantido pelo art. 5º, inciso 4 da CRFB de 88- finda ainda, o empregador por ferir o princípio da impessoalidade, pois o ato resiliatório, deixa de atender ao interesse público para satisfazer sentimentos pessoais. Por sua vez, a violação ao princípio da legalidade, da-se pela ultrapassagem dos limites, em que permitido o exercício do ato demissório, eis que, no caso vertente, tem traços eminentemente vinculados “.(TRT 9ª Reg. 3ªT.(RO004433/93), Relª: Juíza Wanda Santi Cardoso da Silva, DJ/PR 8.7.94, p.61.Dicionário de Decisões Trabalhistas. Calheiros Bomfim, 25.ed.

O Poder Público tem o dever da promoção do bem comum e um dever maior que o das empresas privadas que tem o dever à responsabilidade social. As

⁴ <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/248786/?noticia=COMENTARIOS+AO+PROJETO+DE+LEI+SOBRE+DEMISSAO+IMOTIVADA>.

empresas públicas devem atender ao comando do art. 37 (caput) não promovendo despedias arbitrárias, imotivadas, ou seja, sem justificação.

Até mesmo as entidades privadas têm que atender ao primado do bem comum, da prevalência do social, contra prática de atos abusivos e em respeito aos princípios preponderantes no direito protetivo trabalho: "in dubio pro operário; norma mais favorável; da condição mais benéfica; irrenunciabilidade de direitos; continuidade; igualdade de tratamento; razoabilidade; primazia da realidade e da boa-fé".

Adotando esses princípios decisão recente e inovadora a ser destacada é a proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (Campinas) - sendo relator o nobre juiz Jorge Souto Maior - que examinando o fato jurídico, apoiou sua interpretação na ordem jurídica vigente, assegurando a tutela ao reintegrar um trabalhador que durante muitos anos prestou serviços a um estabelecimento bancário, declarou, pois a nulidade do ato resilitório do contrato, por dispensa imotivada, sendo que sua dispensa afrontou a ordem social, no que diz respeito ao compromisso da empresa com responsabilização social pela empregabilidade.

EMENTA ⁵: DISPENSA IMOTIVADA. DIREITO POTESTATIVO UTILIZADO DE FORMA ABUSIVA E FORA DOS PARÂMETROS DA BOA FÉ. NULIDADE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 7º. I, DA CF/88, DOS ARTS. 421, 422 e 472 DO NOVO CÓDIGO CIVIL, DA CONVENÇÃO 158 DA OIT E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO E DO DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Todos os trâmites para validade da Convenção n. 158, da OIT, no ordenamento nacional foram CUMPRIDOS. *Todos os trâmites para validade da Convenção n. 158, da OIT, no ordenamento nacional foram cumpridos. Os termos da Convenção são, inegavelmente, constitucionais, pois a Constituição brasileira, no artigo 7º, I, veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa, e o que faz a Convenção 158 é exatamente isto. O parágrafo 2º, do art. 5º, da CF/88, estabelece que os tratados internacionais – gênero do qual constituem espécies as Convenções da OIT – são regras complementares às garantias individuais e coletivas estabelecidas na Constituição. Assim, a Convenção 158, estando de acordo com o preceito constitucional estatuído no artigo 7º, inciso I, complementa-o. Além disso, a Constituição Federal de 1988 previu, em seu artigo 4º, que nas relações internacionais, a República Federativa do Brasil rege-se, dentre outros princípios, pela prevalência dos direitos humanos (inciso II) e não se pode negar ao direito do trabalho o status de regulação jurídica pertencente aos direitos humanos. Assim, um instrumento internacional, ratificado pelo Brasil, que traz questão pertinente ao direito do trabalho, há de ser aplicado como norma constitucional, ou até mesmo, supranacional. Mesmo que os preceitos da Convenção 158 precisassem de regulamentação (o que não se acredita seja o caso) já se encontrariam na legislação nacional os parâmetros dessa "regulamentação". A Convenção 158, da OIT, vem, de forma plenamente compatível com nosso ordenamento jurídico, impedir que um empregador dispense seu empregado por represálias ou simplesmente*

⁵ <http://parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/96939/?noticia=DESPEDIDA+IMOTIVADA>

para contratar outro com salário menor. No caso de real necessidade, a dispensa está assegurada. Para a dispensa coletiva necessária a fundamentação em "necessidade de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço", "por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos". Quanto ao modo de apuração ou análise dos motivos alegados não há, igualmente, problemas de eficácia, valendo como parâmetro legal a regra e as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais já dadas ao artigo 165 da CLT. A dispensa imotivada de trabalhadores, em um mundo marcado por altas taxas de desemprego, que favorece, portanto, o império da "lei da oferta e da procura", e que impõe, certamente, a aceitação dos trabalhadores a condições de trabalho subumanas, agride a consciência ética que se deve ter para com a dignidade do trabalhador e, por isso, deve ser, eficazmente, inibida pelo ordenamento jurídico. Não é possível acomodar-se com uma situação reconhecidamente injusta, argumentando que "infelizmente" o direito não a reprime. Ora, uma sociedade somente pode se constituir com base em uma normatividade jurídica se esta fornecer instrumentos eficazes para que as injustiças não se legitimem. Do contrário, não haveria do que se orgulhar ao dizer que vivemos em um "Estado democrático de direito".

6 CONCLUSÃO

O momento do término da relação contratual é de fundamental importância para o Direito do Trabalho, tendo em vista que a estrutura desse ramo jurídico está pautada em uma diferenciação social, econômica, política entre os sujeitos dessa relação, onde de um lado tem-se a figura tendenciosa e forte do empregador, por deter o capital, e do outro a figura do trabalhador, que como ser individual sofre o maior impacto quando da perda de seu emprego.

A continuidade da relação empregatícia baseia-se em situações favoráveis ao trabalhador, devendo essa permanência viabilizar um amparo maior com investimento em sua profissão como forma de elevar a produtividade e diminuir a rotatividade da mão de obra, onde aquele que vive apenas de seu trabalho tem no mesmo a constituição de sua renda, sendo um instrumento decisivo de sua afirmação no plano social.

O trabalhador submetido a contratos precários com duração determinada e surpreendido por uma eventual dispensa ficará sem segurança econômica.

A dignidade é um valor imperativo que deve ser sempre resguardado contra qualquer desrespeito ao ser humano devendo o direito positivo protegê-la e vedar atos arbitrários que levem a sua violação, deve-se primar por uma reestruturação nas condições contratuais e de vida do trabalhador, diminuindo as taxas de desemprego.

Dentre os direitos sociais está inserido o direito ao trabalho, sendo, pois, cláusula pétrea, devendo ser garantido pelo Estado, editando medidas eficazes para sua aplicação, devendo afastar o direito potestativo absoluto do empregador, que foi inserido dentro do contexto do mercado capitalista do século XIX, período do liberalismo.

Tem-se que ramo jus trabalhista sempre lutou em sentido contrário a terminação do contrato empregatício, devendo incorporar o critério motivado para sua terminação devendo primar pela soberania dos dispositivos constitucionais.

È de se notar que o Direito Brasileiro perdeu oportunidade de substituir a simples dispensa sem justa causa ou arbitrária, quando não incorporou as regras da Convenção 158 da OIT, que previa que a rescisão do contrato de trabalho somente poderia ocorrer se houvessem motivos consistentes, sérios e socialmente aceitáveis,

comprovados em fatores econômico-financeiro e tecnológico, não podendo a ruptura contratual significar fins persecutórios ou de mero capricho pelo empregador, reprovado pelo ordenamento jurídico.

A fim de inviabilizar esse disparate social dever-se - ia implantar uma Comissão de Conciliação Prévia, com o objetivo de afastar a dispensa arbitrária pelo empregador, colocando as partes em igualdade de conciliar os conflitos, buscando solução mais pacífica.

Poder-se-ia adotar no Brasil, em virtude das implicações sociais e econômicas, como meio de evitar as crises oriundas da desocupação em massa, o modelo Francês que consiste em despedida por motivo real e justo com a convocação do empregado para uma entrevista, consulta ao comitê de empresa, pedido de autorização de despedir dirigido á autoridade administrativa, notificação da despedida após esta autorização e, eventualmente, a indicação por escrito do motivo da despedida se o empregado o exigir.

A relação de trabalho nada mais é do que uma organização jurídico-social, onde não há troca de bens e valores patrimoniais, mas sim um homem comprometendo-se a si próprio, podendo se entender como não sendo um direito obrigacional, mas um direito de família, uma relação entre um membro jurídico pessoal e a comunidade, um processo duradouro e permanente que afeta todo o sistema pessoal e social do indivíduo, o contrato só adquire a sua substantividade com a integração do trabalhador na empresa.

A empresa deve ser vista como uma comunidade do trabalho, um todo a serviço do nacional socialismo, o vínculo estabelecido entre o empregado e empregador é uma relação jurídica por ser efetivamente uma relação de cunho social das mais importantes, gerando novas expectativas para os dois membros da relação que se estabelece mediante o acordo de vontades.

È buscando uma igualdade de tratamento e visando afastar os abusos é que vêm os grandes estudiosos e doutrinadores, através dos estudos da realidade criar proteções diversas das normas, tal como princípios, tratados e convenções que surgem também pelo clamor popular em busca de maior dignidade e justiça.

Infelizmente o sistema jurídico brasileiro ainda não firmou seus ideais de forma a possibilitar uma abertura maior as aspirações, vigorando ainda conflitos entre o Estado e o sujeito de direitos, mesmo com as controvérsias ainda se é possível perceber a participação social no universo normativo democratizando o

sistema trabalhista, trazendo em seu preâmbulo as afirmativas de direitos sociais e individuais e mais ainda os princípios fundamentais referentes a valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

REFERÊNCIAS

AMAURI, Mascaro Nascimento, **Curso de Direito do Trabalho**, 19^o edição ,editora saraiva, 2004.

BARROS, Alice Monteiro de, **Curso de Direito Do Trabalho**, 5^a edição, São Paulo editora LTR, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva 2011.

BRASIL. .Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Consolidação das leis do Trabalho. São Paulo: Saraiva 2011.

Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula no 212. TST Enunciado - Res. 14/1985, DJ 19.09.198. Ônus da Prova - Término do Contrato de Trabalho - Princípio da Continuidade.

CASSAR, Volia Bomfim, **Direito Do Trabalho**, 3^a edição, Niterói, Impetus, 2009
DELGADO, Mauricio Godinho, **Curso de Direito Do Trabalho** 10^a edição, São Paulo, LTR, 2011.

DECRETO Nº 1.855, de 10 de Abril de 1996
<http://www.institutoamp.com.br/oit158.htm> - acesso em 25/10/2011.

DOMINGOS, Sávio Zainaghi. A proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa e a constitucionalização simbólica. **Revista do Direito do Trabalho**. janeiro-março de 2011.

EDESIO PASSOS. Comentários ao projeto de lei sobre demissão imotivada. Redação O Estado do Paraná. Net, 2007. <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/248786/?noticia> - acesso em 10/09/2011.

GOMES, Orlando; Élson Gottschalk, **Curso de Direito Do Trabalho**, Rio de Janeiro, Forense , 2008.

SUSSEKIND Arnaldo; Lima João, **Instituições de Direito do Trabalho**: volume I, São Paulo LTR, 2003.

Nota técnica número 61, Março de 2008:

<http://www.dieese.org.br/notatecnica/notatec61RatificacaoConvencao158rev.pdf>